

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**



**TESIS DOCTORAL**

**El derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha  
contra las enfermedades infecciosas**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**Raúl Allard Soto**

Director

**Antonio de Cabo de la Vega**

**Madrid, 2012**

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**  
**ESPAÑA**

**TESIS DOCTORAL**

**“EL DERECHO HUMANO A LA ATENCIÓN PRIMARIA DE SALUD EN  
LA LUCHA CONTRA LAS ENFERMEDADES INFECCIOSAS”**

**ALUMNO TESIS DOCTORAL: RAUL ALLARD SOTO**

**TUTOR TESIS DOCTORAL: PROFESOR ANTONIO DE CABO DE LA VEGA**

**AGOSTO, 2011**

## **INDICE TESIS DOCTORAL**

|             |      |
|-------------|------|
| INDICE..... | p. 2 |
|-------------|------|

### **1. INTRODUCCION.....p. 13**

|  |       |
|--|-------|
| 1.1. Tema de análisis, contexto y relevancia.....                      | p. 13 |
| 1.1.1. Tema de análisis.....   | p. 13 |
| 1.1.2. Contexto mundial.....   | p. 15 |
| 1.1.3. Relevancia de tema de tesis.....                                | p. 21 |
| 1.2. Reconocimiento jurídico del derecho a la salud.....               | p. 24 |
| 1.2.1. Reconocimiento internacional del derecho a la salud.....        | p. 24 |
| 1.2.2. Reconocimiento nacional del derecho a la salud.....             | p. 28 |
| 1.2.3. La salud como derecho exigible.....                             | p. 30 |
| 1.3. Objetivo de Tesis Doctoral.....                                   | p. 34 |
| 1.3.1. Propuesta central.....  | p. 34 |
| 1.3.2. Estructura de tesis doctoral para cumplimiento de objetivo..... | p. 36 |

### **2. LA LUCHA CONTRA LAS ENFERMEDADES INFECCIOSAS:**

#### **BIEN PUBLICO MUNDIAL.....p. 40**

|  |       |
|--|-------|
| 2.1. ¿Qué es un bien publico mundial o global?.....      | p. 41 |
| 2.2. La lucha contra las enfermedades infecciosas.....   | p. 44 |
| 2.2.1. Los productos sanitarios.....                     | p. 45 |
| 2.2.1.1. El rol crucial de las vacunas.....              | p. 48 |
| 2.2.1.2. El acceso a los medicamentos esenciales.....    | p. 50 |
| 2.2.2. Las enfermedades infecciosas a nivel mundial..... | p. 57 |
| 2.2.2.1. Tipos de enfermedades.....                      | p. 58 |

|            |  |           |
|------------|--|-----------|
| 2.2.2.2.   | Las enfermedades infecciosas afectan a población mundial.....p.  | 61        |
| 2.2.2.3.   | Las enfermedades infecciosas “desatendidas” o “descuidadas”..... p.  | 64        |
| 2.2.3.     | La necesidad de participar de los beneficios del progreso científico....p.   | 66        |
| 2.3.       | La colaboración internacional en la lucha contra las enfermedades<br>infecciosas: el Reglamento Sanitario Internacional.....p. | 70        |
| 2.3.1.     | El Reglamento Sanitario Internacional (2005).....p.  | 73        |
| 2.3.1.1.   | Antecedentes del RSI.....p.  | 74        |
| 2.3.1.2.   | El proceso de revisión del RSI.....p.  | 76        |
| 2.3.1.3.   | Nuevo sistema de vigilancia mundial de enfermedades de RSI.....p.  | 78        |
| 2.3.1.3.1. | Emergencia de salud pública de importancia internacional.....p.  | 79        |
| 2.3.1.3.2. | Establecimiento por Estados Partes de Centro Nacional de Enlace...p.   | 84        |
| 2.3.1.3.3. | Capacidades básicas de sistema vigilancia/análisis a nivel nacional.p.   | 87        |
| <b>3.</b>  | <b>LA ATENCION PRIMARIA DE LA SALUD (APS).....p.</b>   | <b>90</b> |
| 3.1.       | Obligaciones básicas en la atención primaria de la salud.....p.  | 93        |
| 3.1.1.     | Obligaciones básicas de cada Estado.....p.   | 93        |
| 3.1.2.     | Asistencia y cooperación internacionales.....p.  | 95        |
| 3.1.2.1.   | Clasificación de los países en el mundo.....p.   | 96        |
| 3.1.2.2.   | Países menos adelantados (PMA).....p.  | 96        |
| 3.1.2.2.1. | Criterios utilizados actualmente para determinar los PMA.....p.  | 97        |
| 3.1.2.2.2. | La Organización Mundial del Comercio (OMC) y los PMA.....p.  | 98        |
| 3.1.3.     | Informe sobre la salud en el mundo 2008.....p.   | 100       |
| 3.1.3.1.   | Los valores de la APS en pro de la salud para todos.....p.   | 102       |
| 3.1.3.2.   | Beneficios del fortalecimiento de la atención primaria de salud.....p.   | 103       |
| 3.1.3.2.1. | Beneficios para la población. Ejemplos en países en desarrollo.....p.  | 104       |
| 3.1.3.2.2. | Beneficios para la población. Ejemplos en países desarrollados.....p.  | 106       |
| 3.2.       | La Declaración de Alma-Ata (1978) y la Carta de Ottawa (1986).....p.   | 109       |
| 3.2.1.     | La Declaración de Alma-Ata sobre la APS.....p.   | 110       |
| 3.2.1.1.   | La APS de acuerdo a la Declaración de Alma-Ata.....p.  | 111       |
| 3.2.1.2.   | Relación entre la medicina, la salud pública y los derechos humanos..p.  | 112       |

|   |        |
|---|--------|
| 3.2.1.3. Relegación al olvido en años ´80 y ´90 y plena vigencia actual.....                          | p. 113 |
| 3.2.2. Carta de Ottawa para la promoción de la salud y su relevancia.....                             | p. 115 |
| 3.2.2.1. Bases para la promoción moderna de la salud.....   | p. 116 |
| 3.2.2.2. Requisitos previos para la salud.....  | p. 117 |
| 3.2.2.3. Promoción de la salud no es sólo responsabilidad del sector sanitario.....                   | p. 122 |
| 3.2.2.4. Participación y empoderamiento de la población.....  | p. 125 |
| 3.2.2.5. Responsabilidad compartida en la promoción de la salud en los servicios sanitarios.....      | p. 126 |
| 3.3. La APS y los Objetivos de Desarrollo del Milenio.....  | p. 127 |
| 3.3.1. Los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM).....   | p. 128 |
| 3.3.1.1. La Declaración del Milenio.....  | p. 128 |
| 3.3.1.1.1. Objetivos y compromisos.....   | p. 128 |
| 3.3.1.1.2. Ayuda al África frente a propagación de enfermedades infecciosas..                         | p. 129 |
| 3.3.1.1.3. Decisión de velar por mayor coherencia y mejor cooperación en materia normativa.....       | p. 131 |
| 3.3.1.2. Los ODM emanan de la Declaración del Milenio.....  | p. 132 |
| 3.3.1.3. Objetivos, metas e indicadores de desarrollo relacionados con la salud.....                  | p. 133 |
| 3.3.1.4. Aporte del derecho a la salud a los ODM.....   | p. 136 |
| 3.3.1.4.1. Conveniencia de desglosar datos de indicadores de salud.....                               | p. 137 |
| 3.3.1.4.2. Velar por que las intervenciones verticales refuercen los sistemas de salud.....           | p. 137 |
| 3.3.1.4.3. Evitar el éxodo de profesionales de la salud del Sur al Norte.....                         | p. 138 |
| 3.3.1.4.4. Obligaciones en asistencia y cooperación internacional hacia los países en desarrollo..... | p. 138 |
| 3.3.1.4.5. Fortalecimiento de la rendición de cuentas.....  | p. 140 |

#### **4. EL DERECHO A LA SALUD.....p. 142**

|   |        |
|---|--------|
| 4.1. Instrumentos Internacionales de carácter General.....  | p. 145 |
| 4.1.1. Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS).....                               | p. 146 |
| 4.1.1.1. Preámbulo de la Constitución de la OMS.....  | p. 146 |
| 4.1.1.2. Miembros, finalidad, funciones y órganos de la OMS.....                                    | p. 148 |
| 4.1.2. La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH).....                                     | p. 149 |
| 4.1.2.1. Artículo 25.1 de la DUDH.....  | p. 150 |
| 4.1.2.2. Factores determinantes básicos de la salud.....  | p. 150 |
| 4.1.3. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y<br>Culturales (PIDESC).....        | p. 151 |
| 4.1.3.1. El PIDESC y el derecho a la salud.....   | p. 152 |
| 4.1.3.1.1. Artículo 12 PIDESC.....  | p. 152 |
| 4.1.3.1.2. Otros artículos del PIDESC relevantes para la tesis.....                                 | p. 153 |
| 4.1.3.2. Observaciones Generales Comité PIDESC.....   | p. 154 |
| 4.1.3.2.1. Observación General N°3 (art. 2 párr. 1).....  | p. 156 |
| 4.1.3.2.1.1. Obligaciones de Estados Parte que emanan de PIDESC.....                                | p. 156 |
| 4.1.3.2.1.2. Obligación mínima de Estados de asegurar niveles esenciales<br>de derechos.....        | p. 157 |
| 4.1.3.2.1.3. Protección de miembros vulnerables de la sociedad.....                                 | p. 158 |
| 4.1.3.2.2. Observación General N°20 (art. 2 párr. 2).....   | p. 159 |
| 4.1.3.2.2.1. Discriminación formal y sustantiva.....  | p. 160 |
| 4.1.3.2.2.2. No discriminación por estado de salud.....   | p. 161 |
| 4.1.3.2.2.3. Otras condiciones sociales implícitas que pueden afectar el<br>derecho a la salud..... | p. 162 |
| 4.1.3.2.3. Observación General N°14 (artículo 12).....  | p. 163 |
| 4.1.3.2.3.1. Estrecha vinculación del derecho a la salud con otros derechos<br>humanos.....         | p. 163 |
| 4.1.3.2.3.2. El derecho a la salud implica libertades y derechos.....                               | p. 164 |
| 4.1.3.2.3.3. La salud como derecho inclusivo.....   | p. 164 |
| 4.1.3.2.3.4. Cuatro componentes interrelacionados del derecho a la salud.....                       | p. 165 |
| 4.1.3.2.3.5. Contenido de derechos mencionados en artículo 12 párrafo 2.....                        | p. 166 |
| 4.1.3.2.3.6. Obligación de adoptar medidas inmediatas.....  | p. 168 |
| 4.1.3.2.3.7. Obligaciones legales específicas.....  | p. 168 |
| 4.1.3.2.3.8. Obligación de progresividad y la prohibición de regresividad.....                      | p. 170 |

|   |        |
|---|--------|
| 4.1.3.2.3.9. Responsabilidad de la comunidad internacional.....   | p. 172 |
| 4.1.3.2.3.10. Obligaciones básicas inderogables del derecho a la salud.....   | p. 173 |
| 4.1.3.2.3.11. Obligación de adecuar el marco legal interno y el derecho a<br>contar con un recurso judicial efectivo.....   | p. 177 |
| 4.1.3.2.4. Observación General N°17 (art. 15 numeral 1 letra c).....  | p. 178 |
| 4.1.3.2.4.1. Disposición en análisis.....   | p. 179 |
| 4.1.3.2.4.2. Limitaciones al derecho del art. 15 numeral 1 letra c.....   | p. 180 |
| 4.1.3.2.4.3. Obligaciones conexas.....  | p. 181 |
| 4.1.3.2.5. Observación General N°19 (art. 9).....   | p. 183 |
| 4.1.3.2.5.1. El derecho a la seguridad social.....  | p. 184 |
| 4.1.3.2.5.2. Naturaleza de las obligaciones de los Estados Parte.....   | p. 185 |
| 4.1.3.2.5.3. Vinculación estrecha con el derecho a la salud.....  | p. 187 |
| 4.1.3.2.5.4. No discriminación, igualdad y acceso de grupos vulnerables.....  | p. 190 |
| 4.1.3.2.5.5. Obligaciones básicas de los Estados Parte.....   | p. 192 |
| 4.1.3.2.5.6. Cumplimiento en plano nacional y violaciones del derecho a<br>la seguridad social.....                         | p. 193 |
| 4.1.3.3. Mecanismos ante Comité Derechos Económicos, Sociales y<br>Culturales.....  | p. 193 |
| 4.1.3.3.1. Mecanismo no contencioso.....  | p. 194 |
| 4.1.3.3.2. Denuncia de particulares.....  | p. 206 |
| 4.1.3.3.2.1. Protocolo Facultativo del PIDESC.....  | p. 206 |
| 4.1.3.3.2.2. Larga espera para adopción de procedimiento de denuncia.....   | p. 207 |
| 4.1.3.3.2.3. Relevancia de Protocolo Facultativo en ámbito de salud.....  | p. 208 |
| 4.1.3.3.2.4. Procedimientos similares en otros Pactos o Convenciones.....   | p. 209 |
| 4.2. Instrumentos Internacionales relativos a contextos específicos.....  | p. 211 |
| 4.2.1. Mercados globalizados.....   | p. 212 |
| 4.2.1.1. Relación entre salud y comercio.....   | p. 212 |
| 4.2.1.2. Relación entre liberalización de comercio y derecho a la salud.....  | p. 214 |
| 4.2.1.3. La Organización Mundial del Comercio (OMC).....  | p. 216 |
| 4.2.1.3.1. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad<br>Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)..... | p. 217 |
| 4.2.1.3.2. Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud   |        |

|  |        |
|--|--------|
| Pública (Declaración de Doha).....   | p. 232 |
| 4.2.1.3.2.1. Preocupación expresa por lucha contra enfermedades infecciosas.p. | 233    |
| 4.2.1.3.2.2. Principales acuerdos adoptados en Declaración de Doha.....        | p. 233 |
| 4.2.1.3.2.3. Decisión Consejo General OMC, de 30 de agosto de 2003.....        | p. 236 |
| 4.2.1.3.2.4. Decisión Consejo General OMC, de 6 de diciembre de 2005.....      | p. 238 |
| 4.2.1.4. El Procedimiento de Solución de Diferencias Comerciales de la         |        |
| OMC.....   | p. 239 |
| 4.2.1.4.1. Jurisprudencia relativa al Acuerdo sobre los ADPIC.....             | p. 240 |
| 4.2.1.4.1.1. “Examen reglamentario” o cláusula “Bolar”.....                    | p. 241 |
| 4.2.1.4.1.2. Aplicación de disposiciones transitorias contempladas para        |        |
| países en desarrollo.....  | p. 245 |
| 4.2.1.4.1.3. Prórroga de duración de patentes para medicamentos.....           | p. 259 |
| 4.2.1.4.1.4. Concesión de licencias obligatorias o uso por el Gobierno.....    | p. 261 |
| 4.2.1.4.1.5. Confiscación de medicamentos genéricos.....                       | p. 263 |
| 4.2.2. Administración de Justicia.....   | p. 270 |
| 4.2.2.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....              | p. 270 |
| 4.2.2.1.1. Mecanismo no contencioso.....                                       | p. 274 |
| 4.2.2.1.2. Denuncias de particulares.....                                      | p. 284 |
| 4.2.2.2. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles,         |        |
| Inhumanos o Degradantes.....   | p. 291 |
| 4.2.2.2.1. Mecanismo no contencioso.....                                       | p. 294 |
| 4.2.2.2.2. Denuncias de particulares.....                                      | p. 300 |
| 4.2.3. Conflicto Armado.....   | p. 306 |
| 4.2.3.1. Algunas disposiciones de interés para el derecho a la salud.....      | p. 308 |
| 4.2.3.2. El sobrevenimiento de los tribunales penales internacionales.....     | p. 312 |
| 4.2.3.2.1. El Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia             |        |
| (TPIYUG).....  | p. 315 |
| 4.2.3.2.1.1. Estatuto del TPIYUG.....  | p. 316 |
| 4.2.3.2.1.2. Jurisprudencia de interés para tesis.....                         | p. 317 |
| 4.2.3.2.1.2.1. Aplicación Artículo 2 c) del Estatuto.....                      | p. 317 |
| 4.2.3.2.1.2.2. Aplicación Artículo 2 d) del Estatuto.....                      | p. 319 |
| 4.2.3.2.1.2.3. Aplicación Artículo 3 b) del Estatuto.....                      | p. 322 |
| 4.2.3.2.1.2.4. Aplicación Artículo 4 (2)(a) del Estatuto.....                  | p. 326 |



|   |        |
|---|--------|
| 4.2.3.2.1.2.5. Aplicación Artículo 5 (h) Delito de Persecución (s)<br>violaciones a los derechos políticos, sociales y<br>económicos, incluyendo...el derecho al cuidado médico ..... | p. 328 |
| 4.2.3.2.2. El Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIRW).....   | p. 330 |
| 4.2.3.2.2.1. Estatuto del TPIRW.....  | p. 331 |
| 4.2.3.2.2.2. Jurisprudencia de interés para tesis.....  | p. 332 |
| 4.2.3.2.2.2.1. Aplicación Artículo 2 c) del Estatuto.....   | p. 332 |
| 4.2.3.2.2.2.2. Aplicación Artículo 3 h) del Estatuto.....   | p. 334 |
| 4.2.3.2.3. La Corte Penal Internacional (C.P.I.).....   | p. 338 |
| 4.2.3.2.3.1. Estatuto de la C.P.I.....  | p. 339 |
| <br>4.3. Instrumentos Internacionales relativos a grupos vulnerables específicos..  | p. 341 |
| 4.3.1. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas<br>de Discriminación Racial, de 1965.....  | p. 342 |
| 4.3.1.1. Mecanismo no contencioso.....  | p. 344 |
| 4.3.1.2. Denuncia de particulares.....  | p. 346 |
| 4.3.2. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de<br>Discriminación contra la Mujer, de 1979.....   | p. 349 |
| 4.3.2.1. Mecanismo no contencioso.....  | p. 350 |
| 4.3.2.2. Denuncias de particulares.....   | p. 360 |
| 4.3.3. Convención de los Derechos del Niño, de 1989.....  | p. 363 |
| 4.3.3.1. Mecanismo no contencioso.....  | p. 364 |
| 4.3.4. Convención Internacional sobre Protección de los Derechos de los<br>Trabajadores Migrantes y de sus Familias, de 1990.....   | p. 370 |
| 4.3.4.1. Mecanismo no contencioso.....  | p. 371 |
| 4.3.4.2. Denuncia de particulares.....  | p. 373 |
| 4.3.5. Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad,<br>de 2006.....  | p. 373 |
| 4.3.5.1. Mecanismo no contencioso.....  | p. 375 |
| 4.3.5.2. Denuncia de particulares.....  | p. 375 |
| 4.3.6. Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951.....   | p. 376 |
| 4.3.7. Convención sobre Pueblos Indígenas y Tribales, de 1989.....  | p. 377 |

**5. COMPONENTES ESENCIALES DEL DERECHO HUMANO  
A LA ATENCION PRIMARIA DE SALUD EN LA LUCHA  
CONTRA LAS ENFERMEDADES INFECCIOSAS.....p. 379**

|   |     |
|---|-----|
| 5.1. Actuar sobre los factores determinantes de la salud.....p.   | 379 |
| 5.1.1. Factores subyacentes determinantes o básicos de la salud.....p.  | 381 |
| 5.1.1.1. El acceso a agua potable y a un saneamiento adecuado.....p.  | 382 |
| 5.1.1.1.1. Indisolublemente asociado a derecho al más alto nivel posible<br>de salud.....p.                                   | 382 |
| 5.1.1.1.2. Obligaciones básicas en lucha contra enfermedades infecciosas.....p.   | 383 |
| 5.1.1.2. El acceso a una vivienda digna.....p.  | 386 |
| 5.1.1.2.1. Vivienda debe contener instalaciones esenciales.....p.   | 386 |
| 5.1.1.2.2. Obligaciones del Estado en relación con el desalojo forzado.....p.   | 390 |
| 5.1.1.2.3. La Decisión 155/96, de la Comisión Africana de Derechos<br>Humanos y de los Pueblos.....p.                         | 393 |
| 5.1.1.3. Suministro suficiente de alimentos sanos y nutrición adecuada.....p.   | 396 |
| 5.1.1.3.1. La Decisión 155/96, de la Comisión Africana de Derechos<br>Humanos y de los Pueblos.....p.                         | 398 |
| 5.1.1.4. Condiciones sanas en el entorno ambiental.....p.   | 399 |
| 5.1.1.4.1. Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 170/1989.....p.  | 400 |
| 5.1.1.4.2. Caso “López Ostra contra España” en Tribunal Europeo de<br>Derechos Humanos.....p.                                 | 401 |
| 5.1.1.4.3. La Decisión 155/96, de la Comisión Africana de Derechos<br>Humanos y de los Pueblos.....p.                         | 402 |
| 5.1.1.5. Acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas<br>con la salud.....p.                             | 406 |
| 5.1.1.5.1. Caso ventilado ante el Comité sobre la Eliminación de todas las<br>Formas de Discriminación contra la Mujer.....p. | 407 |
| 5.1.2. Factores sociales determinantes de la salud.....p.   | 409 |
| 5.1.2.1. Los principios de la no discriminación y la igualdad.....p.  | 409 |
| 5.1.2.1.1. La no discriminación, la igualdad y el concepto sanitario de la<br>equidad.....p.                                  | 411 |
| 5.1.2.1.2. Jurisprudencia de interés.....p.   | 412 |

|   |        |
|---|--------|
| 5.1.2.1.2.1. Inembargabilidad patrimonial de derechos sociales.....   | p. 412 |
| 5.1.2.1.2.2. Caso de la organización árabe Adalah en Israel.....  | p. 413 |
| 5.1.2.1.2.3. Caso ventilado ante el Comité para la Eliminación de la<br>Discriminación Racial.....  | p. 415 |
| 5.1.2.1.2.4. Discriminación de género. Sentencia del Tribunal<br>Constitucional de Chile, de 6 de agosto de 2010.....   | p. 416 |
| 5.1.2.2. La lucha contra la pobreza y la exclusión social.....  | p. 421 |
| 5.1.2.2.1. Especial vulnerabilidad de pueblos indígenas.....  | p. 421 |
| 5.1.2.2.1.1. Casos ventilados ante Corte Interamericana de Derechos<br>Humanos.....   | p. 422 |
| 5.1.2.2.1.2. Demanda de Comisión Interamericana de Derechos Humanos.....  | p. 425 |
| 5.1.2.3. El acceso al goce de prestaciones básicas.....   | p. 427 |
| 5.1.2.3.1. Sentencia del T.C. de España, STC 186/2004.....  | p. 427 |
| 5.1.2.3.2. Sentencia del T.C. de Chile, STC 977/2008.....   | p. 428 |
| 5.1.2.3.3. Sentencia del T.C. de Chile, STC 1710/2010.....  | p. 428 |
| 5.2. El acceso a la atención de salud.....  | p. 431 |
| 5.2.1. El acceso a los establecimientos de salud y la atención médica.....  | p. 435 |
| 5.2.1.1. Obligación de asegurar conjunto mínimo de servicios e<br>instalaciones relacionadas con la salud.....  | p. 437 |
| 5.2.1.2. Obligación de Estados de no adoptar medidas de liberalización del<br>comercio que afecte acceso de los más pobres y vulnerables a los<br>servicios de salud..... | p. 439 |
| 5.2.1.2.1. Riesgos de generar un sistema de salud de 2 clases diferentes.....   | p. 442 |
| 5.2.1.2.2. La liberalización del comercio y el GATT.....  | p. 444 |
| 5.2.1.3. Implementar capacidad básica de respuesta de salud pública para<br>enfrentar propagación de enfermedades infecciosas.....  | p. 445 |
| 5.2.2. El acceso a medicamentos esenciales.....   | p. 447 |
| 5.2.2.1. Elementos que determinan la accesibilidad de medicamentos.....   | p. 448 |
| 5.2.2.2. Obligaciones de disponibilidad, accesibilidad y buena calidad.....   | p. 449 |
| 5.2.2.3. Obligaciones de respetar, proteger y cumplir.....  | p. 450 |
| 5.2.2.4. Importancia de medicamentos genéricos y caso de VIH.....   | p. 453 |
| 5.2.2.5. Necesidad de asegurar continuidad del suministro de  |        |

|  |        |
|--|--------|
| medicamentos genéricos.....  | p. 454 |
| 5.2.3. Irrenunciabilidad de aplicación de flexibilidades ADPIC por Estados...                        | p. 455 |
| 5.2.3.1. Irrenunciabilidad y extensión de períodos de transición.....                                | p. 458 |
| 5.2.3.1.1. Necesidades de salud pública.....   | p. 459 |
| 5.2.3.1.2. Reconocimiento de su relevancia en Declaración de Doha.....                               | p. 459 |
| 5.2.3.2. Exclusión de la patentabilidad para proteger vida o salud de<br>personas y poblaciones..... | p. 461 |
| 5.2.3.2.1. Dar aplicación a criterios estrictos de patentabilidad en<br>medicamentos.....            | p. 461 |
| 5.2.3.2.2. Impedir “perennización” de patentes por empresas farmacéuticas...                         | p. 462 |
| 5.2.3.3. Concesión de licencias obligatoria y uso por el Gobierno.....                               | p. 463 |
| 5.2.3.3.1. Negativa del titular a conceder licencias.....  | p. 463 |
| 5.2.3.3.2. Por interés público.....  | p. 464 |
| 5.2.3.3.3. Para proteger la salud pública.....   | p. 464 |
| 5.2.3.3.4. Emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia...                         | p. 466 |
| 5.2.3.3.5. Prácticas anticompetitivas.....   | p. 466 |
| 5.2.3.3.6. Falta o insuficiencia de explotación.....   | p. 467 |
| 5.2.3.4. Aplicación de importaciones paralelas y principio del<br>agotamiento internacional.....     | p. 468 |
| 5.2.3.5. Prever excepciones de los derechos de los titulares de patentes.....                        | p. 469 |
| 5.2.3.5.1. Excepciones con fines de investigación y experimentación.....                             | p. 469 |
| 5.2.3.5.2. Excepción “basada en el examen reglamentario”.....  | p. 471 |
| 5.2.3.6. Establecimiento de procedimientos de oposición y revocación en<br>ámbito sanitario.....     | p. 472 |
| 5.2.3.6.1. Procedimiento de oposición previos a la concesión de patente.....                         | p. 472 |
| 5.2.3.6.2. Procedimientos de oposición posteriores a la concesión y<br>revocación.....               | p. 473 |
| 5.2.3.7. Medidas de fomento de la competencia.....   | p. 473 |
| 5.3. Innovación y desarrollo (I + D) basado en las necesidades sanitarias...                         | p. 474 |
| 5.3.1. Modelo de I + D actual basado en necesidades de mercado.....                                  | p. 475 |
| 5.3.1.1. Enfermedades infecciosas rentables: caso del virus AH1N1.....                               | p. 475 |
| 5.3.1.1.1. Esfuerzos mundiales para prueba de nueva vacuna.....                                      | p. 476 |

|  |               |
|--|---------------|
| 5.3.1.1.2. Beneficios económicos considerables.....  | p. 477        |
| 5.3.1.2. Las enfermedades “desatendidas” y “muy desatendidas”.....   | p. 478        |
| 5.3.1.2.1. Demora en desarrollo de vacunas de enfermedades desatendidas....  | p. 479        |
| 5.3.1.2.2. Régimen de incentivos en propiedad intelectual no funciona ante<br>mercados no viables económicamente.....                | p. 481        |
| 5.3.1.3. Los medicamentos “huérfanos”.....   | p. 482        |
| 5.3.1.3.1. Caso judicial en Argentina de vacuna “huérfana”.....  | p. 483        |
| 5.3.2. I + D. Dificultades y desafíos.....   | p. 486        |
| 5.3.2.1. Desequilibrio 90/10 o más.....  | p. 486        |
| 5.3.2.2. Investigación y desarrollo para atender necesidades de salud de<br>poblaciones vulnerables.....                             | p. 487        |
| 5.3.2.3. Nuevos marcos regulatorios de propiedad intelectual para<br>enfermedades desatendidas.....                                  | p. 488        |
| <b>6. CONCLUSIONES FINALES.....</b>  | <b>p. 489</b> |
| <b>BIBLIOGRAFIA.....</b>   | <b>p. 507</b> |
| <b>I. LIBROS Y CAPITULOS DE LIBROS.....</b>  | <b>p. 507</b> |
| <b>II. ARTICULOS DE REVISTAS.....</b>  | <b>p. 513</b> |
| <b>III. ARTICULOS DE DIARIOS.....</b>  | <b>p. 517</b> |
| <b>IV. TESIS.....</b>  | <b>p. 518</b> |
| <b>V. DOCUMENTOS NACIONES UNIDAS.....</b>  | <b>p. 519</b> |
| <b>VI. OBSERVACIONES FINALES (MECANISMO NO<br/>CONTENCIOSO) Y DICTAMENES (DENUNCIA DE<br/>PARTICULARES) DE ORGANOS DE NN.UU.....</b> | <b>p. 523</b> |
| <b>VII. RECLAMACIONES ANTE PROCEDIMIENTO DE<br/>SOLUCION DE DIFERENCIAS COMERCIALES (OMC).....</b>                                   | <b>p. 530</b> |
| <b>VIII. JURISPRUDENCIA CITADA.....</b>  | <b>p. 531</b> |
| <b>IX. RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA MUNDIAL DE LA<br/>SALUD.....</b>  | <b>p. 538</b> |

# **“EL DERECHO HUMANO A LA ATENCION PRIMARIA DE SALUD EN LA LUCHA CONTRA LAS ENFERMEDADES INFECCIOSAS”.**

## **1. INTRODUCCIÓN.-**

En este capítulo introductorio, primeramente se hará referencia al tema en análisis, su contexto mundial y relevancia actual (1.1), para luego esbozar el reconocimiento jurídico del derecho a la salud en la actualidad (1.2), y culminar con el objetivo de la tesis doctoral (1.3).

### **1.1. Tema de análisis, contexto y relevancia.-**

A modo de introducción a la presente tesis doctoral, a continuación se hará mención al tema en análisis (1.1.1), el contexto global en que se desarrolla (1.1.2), y la relevancia que tiene en la actualidad (1.1.3).

#### **1.1.1. Tema de análisis.-**

Las enfermedades infecciosas desde siempre han afectado a las poblaciones de todo el mundo, muy fuertemente en los países menos adelantados, pero también en los países en vías de desarrollo y en los países desarrollados. Las epidemias y enfermedades humanas no se detienen ante las fronteras de los Estados y sólo cabe enfrentarlas en conjunto en nuestro actual mundo globalizado.

Sólo en lo que va del siglo XXI en diferentes partes del mundo –con independencia del nivel de desarrollo económico del país afectado– se han sufrido varias epidemias nuevas que se han propagado con gran rapidez y graves efectos sanitarios, impulsadas por el creciente “tráfico internacional”<sup>1</sup> y la mayor conectividad mundial. Ejemplos de ello son el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS) aparecido en China el año 2003; los sucesivos brotes de gripe aviar; y la pandemia del virus de influenza AH1N1.

---

<sup>1</sup> Compuesto por el movimiento de viajeros, equipajes, cargas, contenedores, medios de transporte, mercancías o paquetes postales a través de las fronteras internacionales.

En los tres casos recién señalados, la fuente original de transmisión ha sido de un animal<sup>2</sup> al hombre para luego propagarse masivamente entre humanos por todo el orbe afectando la salud de poblaciones de todo el mundo, sobretodo de los grupos más vulnerables, al tiempo que desatan efectos económicos de gravedad en diversas industrias<sup>3</sup>, exceptuando principalmente la industria farmacéutica.

Al mismo tiempo, continúan causando estragos desde el siglo pasado las enfermedades desatendidas o también denominadas enfermedades de la pobreza, que incluyen al VIH/SIDA, la tuberculosis y la malaria (o paludismo), por citar las de mayor notoriedad a nivel mundial. Todas estas epidemias –tanto las nuevas aludidas en párrafos precedentes como las recién citadas afectan de manera especialmente grave a las poblaciones más vulnerables– constituyen emergencias internacionales de salud pública y pueden alcanzar el nivel de pandemia de acuerdo a su alcance mundial.

La propagación de las enfermedades infecciosas, por una parte, y su prevención y control, por la otra, se tensionan con el creciente flujo migratorio, el volumen de intercambio comercial y el impacto que genera la mayor conectividad terrestre, aérea y marítima a nivel mundial. Lo mismo ocurre con respecto a factores sociales y ambientales de mayor complejidad, determinantes en la generación de las condiciones para la transmisión de enfermedades infecciosas, tales como la pobreza y falta de nutrición y albergue adecuado, de alcantarillado, saneamiento y agua potable, e incluso la urbanización sin control ni planificación y el cambio climático.

---

<sup>2</sup> El síndrome respiratorio agudo severo (SRAS) se propagó al ser humano por la civeta provocándose el primer brote epidémico en humanos en febrero del año 2003 en China; la gripe aviar (H5N1), del ave, desarrollando su primer brote epidémico en 1997 en Hong Kong y luego sucesivos brotes desde el 2004; y el virus de influenza AH1N1, del cerdo, constatándose el primer brote epidémico en abril del 2009 en México. La sociedad internacional, Wildlife Conservation Society, ha acuñado el concepto o slogan “One World, One Health”, que sintetiza los requerimientos de carácter amplio y mundial que exigen la prevención y control de las enfermedades infecciosas.

<sup>3</sup> La propagación del virus AH1N1, el ejemplo más actual, generó un impacto negativo en diversos sectores de la economía en el mundo, tales como el de las aerolíneas, la hotelería y las importaciones, por solo citar algunos, y el riesgo, en su momento, de agravar la crisis económica mundial. En México el brote epidémico provocó la adopción de medidas de restricción sin precedentes que afectaron a sus habitantes –cancelación de vuelos, aislamiento de pasajeros, suspensión de clases y recitales, partidos de fútbol jugados sin público, y un largo etcétera- junto a su estigmatización consiguiente.

De tal manera, resulta natural que la lucha contra las enfermedades infecciosas se declare actualmente un bien público de carácter mundial, el cual requiere de esfuerzos que deben provenir no sólo del ámbito sanitario, sino que también de otros ámbitos, tales como el comercial en relación fundamentalmente con acuerdos de la Organización Mundial del Comercio relativos a la propiedad intelectual y las patentes farmacéuticas; con la cooperación internacional entre los Estados más desarrollados y los menos desarrollados; el necesario impulso a la investigación y desarrollo para prevenir y controlar las enfermedades infecciosas adecuadamente, así como medidas tendientes al desarrollo y paz mundiales para que los progresos y adelantos científicos y tecnológicos lleguen a todas partes.

Esto sitúa el tema de análisis de la presente tesis doctoral enfocado primordialmente a las enfermedades infecciosas o transmisibles, sus graves consecuencias de salud a nivel mundial –que afectan con especial crudeza a las poblaciones vulnerables en situación de pobreza– y la determinación de aquellos elementos esenciales indisponibles por el legislador, que configuran lo que denominaremos “el derecho humano a la atención primaria de la salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas”.

Para dicha determinación, adquiere relevancia el derecho a la protección de la salud desde una doble vertiente. Por una parte, abarcando el ámbito de la salud pública, que contempla todas las medidas que un Estado debe desarrollar para preservar la salud de su ciudadanía y, por la otra, comprende las acciones que requieren ser adoptadas para garantizar la asistencia sanitaria que cada ciudadano puede llegar a precisar.

### **1.1.2. Contexto mundial.–**

Urge enfrentar de mejor manera las enfermedades infecciosas y las epidemias que afectan a regiones enteras y a poblaciones vulnerables en todo el mundo hace demasiado tiempo como es el caso de la malaria –o paludismo–, la tuberculosis y el VIH/SIDA, y también resulta imperioso estar mejor preparados para enfrentar la propagación de nuevos virus como lo ha demostrado la irrupción del virus AH1N1<sup>4</sup>.

---

<sup>4</sup> Esta emergencia internacional revela nuevamente la importancia de una adecuada infraestructura sanitaria y de emergencia, la necesidad de disponer de importantes reservas de medicamentos y vacunas, el establecimiento de comités de emergencia en cada país, la disponibilidad de mascarillas, la vigilancia



Esta pandemia se propagó con una rapidez asombrosa por todo el orbe precisamente porque convivimos en un mundo cada vez más interconectado y con mayor tráfico internacional.

Ante ello, los países y sus sistemas de salud deben reforzar las medidas preventivas para enfrentar de mejor manera estas epidemias, y disminuir con ello sus efectos en la salud de las personas, en aplicación de las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

La persistencia de profundas inequidades en la condición de salud de sus habitantes es un problema del cual ningún país en el mundo se encuentra librado, tampoco los países desarrollados. Al mismo tiempo, los resultados en salud son inaceptablemente bajos en gran parte del mundo en desarrollo, y en el centro de esta crisis humana se encuentra el fracaso de los sistemas de salud. Es inaceptable que en los países de ingresos bajos la atención primaria sirva sólo para tratar dolencias comunes. Mucha de la carga de enfermedad puede ser prevenida o curada con tecnologías conocidas y de precios razonables. El problema lo constituye la adquisición de medicamentos, vacunas, información y otras formas de prevención, cuidado o tratamiento –a tiempo, confiablemente, en cantidad suficiente y a costo razonable– a aquellos que lo necesitan<sup>5</sup>.

En demasiados países los sistemas requeridos para atender adecuadamente los requerimientos de la población, se encuentran a punto de colapso, o bien son accesibles sólo para grupos particulares de la población. Atendida esta realidad, la OMS dedicó su informe de salud en el mundo 2008<sup>6</sup>, precisamente a la atención primaria de salud, teniendo en cuenta que los sistemas de salud que fallan o inadecuados constituyen uno de los principales obstáculos para el incremento de intervenciones que permitan el cumplimiento de objetivos acordados internacionalmente, tales como los objetivos de desarrollo del Milenio.

---

de interacciones humano-animal que facilitan la emergencia de nuevos virus y la difusión oportuna de medidas de prevención que debe adoptar la población.

<sup>5</sup> OMS, *Everybody's Business: Strengthening Health Systems to improve Health Outcomes*, Ginebra, OMS, 2007, p. 1.

<sup>6</sup> OMS, *La atención primaria de salud Más necesaria que nunca*, Informe sobre la salud en el mundo 2008, Ginebra, OMS, 2008.

El Papa Benedicto XVI, en su carta encíclica *Caritas In Veritate* establece con claridad el actual contexto mundial al indicar que “...la línea de demarcación entre países ricos y pobres ahora no es tan neta como en tiempos de la *Populorum progressio*. La riqueza mundial crece en términos absolutos pero aumentan también las desigualdades. En las zonas más pobres, algunos grupos gozan de un tipo de superdesarrollo derrochador y consumista, que contrasta de modo inaceptable con situaciones persistentes de miseria deshumanizadora. Se sigue produciendo el escándalo de las disparidades hirientes<sup>7</sup>”.

### **Contexto sanitario de las enfermedades infecciosas.—**

La atención primaria abre oportunidades a la prevención de enfermedades y la promoción de la salud, así como a la detección temprana de enfermedades. De esta forma, el derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas enfrenta desafíos de distinta índole que necesariamente deben formar parte de sus elementos esenciales a ser protegidos.

Por una parte, existen desafíos de vital relevancia en la prevención y control de las enfermedades infecciosas, compuesta por las determinantes sociales de la salud, que afectan con especial fuerza a las poblaciones que viven en situación de pobreza, compuesta por una alimentación, albergue y educación adecuadas, unido al acceso a saneamiento, alcantarillado y agua potable, cruciales en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

Por otra parte, existen desafíos en salud, cuya resolución enfrenta dificultades que emanan de acuerdos del ámbito comercial, del acceso a tecnologías y de la cooperación internacional, entre otros, las que podemos agrupar a grandes rasgos en materias tan decisivas como el acceso a medicamentos esenciales, las dificultades que enfrenta la lucha contra las enfermedades infecciosas en áreas como la propiedad intelectual y acuerdos comerciales en esta materia<sup>8</sup>, la insuficiente investigación y desarrollo destinada a las principales enfermedades infecciosas, y las desigualdades y brechas en

---

<sup>7</sup> BENEDICTO XVI, *Caritas in veritate*, Chile, Ediciones UC, 2009, p. 33.

<sup>8</sup> El comercio de los medicamentos está regulado por las directrices y acuerdos de la Organización Mundial del Comercio (OMC). Ha sido justamente un acuerdo de este organismo, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de la Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), lo que ha generado una enorme polémica entre la industria farmacéutica, las organizaciones no gubernamentales y los gobiernos de algunos países en desarrollo, como India o Brasil.

salud que se generan entre las poblaciones de países de diferente nivel de desarrollo, así como entre las poblaciones al interior de cada país.

**Complejidad de los desafíos.**– Casi 2.000 millones de personas carecen de acceso a medicamentos esenciales<sup>9</sup>, es decir, alrededor de un tercio de la población mundial, lo que demuestra las dificultades de los sistemas de salud por llegar a todas las personas. Mejorar el acceso a los medicamentos existentes podría salvar 10 millones de vidas al año, 4 millones de ellas en África y Asia Sudoriental<sup>10</sup>. Precisamente el cumplimiento de los objetivos de desarrollo del Milenio, como la reducción de la mortalidad infantil, la mejora de la salud materna y la lucha contra el VIH/SIDA, la malaria y otras enfermedades, depende de que mejore el acceso a los medicamentos<sup>11</sup>.

Las dificultades a que se enfrenta la población para acceder a los medicamentos se debe en parte a su elevado precio<sup>12</sup>. El ejemplo de los medicamentos para el tratamiento de VIH/SIDA es especialmente revelador. En 2001, cuando la crisis del VIH/SIDA alcanzó su nivel máximo y la necesidad de antirretrovirales se disparó, la disponibilidad de antirretrovirales genéricos más baratos procedentes de los países en desarrollo supuso una reducción de los precios, que se situaban en más de 10.000 dólares por paciente por año, a menos de 350 dólares por paciente y año para un tratamiento de primera línea combinado. En la actualidad, la competencia de los productos genéricos ha contribuido a reducir los precios de los antirretrovirales de primera generación en más de un 99%<sup>13</sup>.

---

<sup>9</sup> OMS, *WHO Medicines Strategy: Countries at the Core, 2004-2007* (WHO/EDM/2004.5), Ginebra, OMS, 2004.

<sup>10</sup> Documento de las Naciones Unidas A/61/338, párrafo 37.

<sup>11</sup> Ver letras a) y b) del Preámbulo del Anexo “Directrices sobre derechos humanos para las empresas farmacéuticas en relación con el acceso a medicamentos”, contenido en el documento de las Naciones Unidas A/63/263, de 2008. Dicho documento que el Secretario General transmite a la Asamblea General de las Naciones Unidas, corresponde al informe provisional del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del nivel más alto posible de salud física y mental, Paul Hunt, presentado de conformidad con la resolución 6/29 del Consejo de Derechos Humanos.

<sup>12</sup> T’HOEN, Ellen, *The Global Politics of Pharmaceutical Monopoly Power: Drug patents, Access, Innovation and the Application of the WTO Doha Declaration on TRIPS and Public Health*, Diemen, AMB Publishers, 2009.

<sup>13</sup> MEDICOS SIN FRONTERAS, “*Untangling the Web of ARV Price Reductions*”, 11ª edición, Ginebra, Médicos sin Fronteras, 2008.

Asimismo, siguiendo con el caso de la epidemia del VIH/SIDA, en 2007, sólo el 31% de las personas seropositivas que necesitaban tratamiento lo recibieron<sup>14</sup>. Se estima que las personas que viven con el VIH/SIDA desarrollarán resistencias a los regímenes de fármacos de primera línea y necesitarán un tratamiento de segunda línea que actualmente puede costar entre 9 y 19 veces más que los medicamentos de primera línea<sup>15</sup>.

Las enfermedades desatendidas o “descuidadas” o “relacionadas con la pobreza” o “tropicales”<sup>16</sup> cuando no son letales, causan deformidades y discapacidades graves y permanentes, a casi 1.000 millones de personas de todo el mundo, especialmente entre la población más pobre de los países en desarrollo<sup>17</sup>. Estas “enfermedades de la pobreza” (como las enfermedades contagiosas, maternas, perinatales y nutricionales) siguen representando el 50% de la carga de morbilidad en los países en desarrollo: diez veces más que en los países desarrollados<sup>18</sup>. Han reaparecido en los países en desarrollo enfermedades como la tuberculosis y el paludismo<sup>19</sup>: el 58% de los casos de paludismo se registran entre el 20% más pobre de la población mundial y cada año se producen casi 529.000 muertes maternas<sup>20</sup>.

Por su parte, la protección de la propiedad intelectual y los acuerdos internacionales que se adoptan en este ámbito provocan dificultades en la lucha contra las enfermedades infecciosas. De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud permanece en pie la duda de que el sistema de patentes asegure la inversión en medicinas necesarias para los pobres. De las 1.223 nuevas entidades químicas desarrolladas entre 1975 y 1996, sólo

---

<sup>14</sup> OMS, *Hacia el acceso universal: expansión de las intervenciones prioritarias contra el VIH/SIDA en el sector de la salud*, Informe sobre los progresos realizados: Junio de 2008, Ginebra, OMS, 2008.

<sup>15</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/11/12, de 31 de marzo de 2009, párrafo 14.

<sup>16</sup> No existe una definición estandarizada a nivel global para las enfermedades desatendidas. Incluyen, por ejemplo, la leishmaniasis, la oncocercosis (ceguera de los ríos), la enfermedad de Chagas, la lepra, la esquistosomiasis (bilharziasis), la filiaris linfática (elefantismo), la tripanosomiasis africana (enfermedad del sueño) y el dengue. El VIH/SIDA, la tuberculosis y la malaria también pueden considerarse enfermedades desatendidas.

<sup>17</sup> OMS, *Communicable Diseases 2002: Global Defence against the Infectious Disease Threat* (WHO/CDS/2003.15), Mary Kay Kindhauser (Ed.), Ginebra, OMS, 2003, p. iv.

<sup>18</sup> COMISION DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, INNOVACION Y SALUD PUBLICA, *Salud pública, innovación y derechos de propiedad intelectual*, Ginebra, OMS, 2006, Capítulo 1, p. 14.

<sup>19</sup> COMISION DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, INNOVACION Y SALUD PUBLICA, Op. Cit., Capítulo 1, p. 13.

<sup>20</sup> COMISION DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, INNOVACION Y SALUD PUBLICA, Op. Cit., Capítulo 1, p. 14.

11 se destinaban al tratamiento de enfermedades tropicales”.<sup>21</sup> De tal manera, resulta evidente el contraste entre la carga de sufrimiento provocada por estas enfermedades y la inversión para su prevención y control.

Asimismo, los derechos de propiedad intelectual pueden influir en el uso de medicinas tradicionales, en particular las de comunidades indígenas y locales. La medicina tradicional desempeña una importante función en la atención de salud de todos los países, pues hasta el 80% de la población mundial depende de medicaciones tradicionales para atender sus necesidades de atención de salud primaria.<sup>22</sup> Esto da una idea de la complejidad de los desafíos que requieren ser abordados.

**Brechas inaceptables en salud.** Como hemos repasado brevemente, existen graves brechas que afectan la situación de salud de las poblaciones en el mundo. Sin lugar a dudas existe una correlación importante entre la situación de salud y la pobreza, como se ejemplifica a través de las siguientes situaciones que se mencionan a continuación:

- en el acceso a tratamientos, los altos precios son uno de los principales factores que impiden el acceso de los pacientes a los medicamentos. Volviendo al caso del VIH/SIDA, el ONUSIDA ha reconocido que los elevados precios influyen en el acceso a los tratamientos, en particular para el 95% de los pacientes, que están en países en desarrollo<sup>23</sup>.
- En materia de gasto público y privado, el gasto público en salud en los países de ingresos altos como bajos beneficia más a los ricos que a los pobres. Las personas de mayores ingresos y con frecuencia con menores necesidades son las que más consumen servicios sanitarios, mientras los que tienen menos medios económicos y mayores necesidades son los que consumen menos servicios.

---

<sup>21</sup> OMS, “La globalización, el Acuerdo sobre los ADPIC y el acceso a los productos farmacéuticos”, *Perspectivas políticas sobre medicamentos de la OMS*, n.º 3, p. 5, marzo de 2001.

<sup>22</sup> OMS, Report of the Inter-Regional Workshop on Intellectual Property Rights in the Context of Traditional Medicine, Bangkok, 6-8 de diciembre, 2000 (WHO/EDM/TRM/2001.1), Ginebra, OMS, 2001, p. 2.

<sup>23</sup> Véase el proyecto UNICEF/ONUSIDA/OMS/EDM/MSF, “Selected drugs used in the care of people living with HIV: sources and prices”, octubre de 2000, p. 1.

- En investigación y desarrollo, actualmente, sólo el 10% del financiamiento mundial para investigación y desarrollo se dirige a enfermedades que afectan el 90% de la población mundial. De los 1.393 nuevos medicamentos aprobados entre 1975 y 1999, solamente el 1% (16 medicamentos) fueron para enfermedades tropicales y tuberculosis<sup>24</sup>.

Más de 100 millones de personas caen en la pobreza cada año porque tienen que pagar los servicios de salud. En los países en desarrollo, los propios pacientes tienen que pagar del 50 al 90% de los medicamentos esenciales<sup>25</sup>. Ello unido a quienes ya se encuentran sumidos en la pobreza, especialmente vulnerables al contagio por enfermedades infecciosas.

### **1.1.3. Relevancia de tema de tesis.–**

El derecho al nivel de salud más alto posible es complejo y amplio. Abarca la atención médica, pero también abarca los determinantes subyacentes de la salud, como el agua, el saneamiento, la no discriminación y la igualdad. Ambos ámbitos son cruciales en la lucha contra las enfermedades infecciosas, que afectan especialmente a las poblaciones de mayor vulnerabilidad y donde la atención primaria de salud está llamada a cumplir un papel fundamental en su prevención y control y en la promoción de la salud de las poblaciones.

Y es precisamente la atención primaria de salud la llamada a cumplir el rol más destacado y de mayor relevancia en esta lucha, teniendo en cuenta que los recursos en salud son siempre escasos y considerando que los niveles de desarrollo y progreso de muchos hace insostenible que las enfermedades infecciosas afecten de manera tan dramática a tanta gente ya entrado el siglo XXI.

El año 2008, se conmemoró el 60.º aniversario de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el 30.º aniversario de la Declaración de Alma-Ata<sup>26</sup> sobre Atención Primaria

---

<sup>24</sup> TROUILLER, Patrice, *et al.*, “Drug development for neglected diseases: a deficient market and a public-health policy failure”, *The Lancet*, vol. 359, n.º 9324, p. 2189, junio 2002.

<sup>25</sup> Documento de las Naciones Unidas A/61/338, párrafo 37.

<sup>26</sup> Esta Declaración tuvo lugar en la ex URSS (Unión de Repúblicas Socialistas Soviética), entre el 6 y el 12 de septiembre de 1978, en el marco de la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud.

de Salud, de 1978, en circunstancias que los valores centrales de la Constitución de la OMS<sup>27</sup> y los que dieron forma a dicha Declaración siguen plenamente vigentes y siguen siendo válidos, hoy más que nunca en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

En efecto, veamos, el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud contempla que la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, constituyendo un derecho humano fundamental y un objetivo social sumamente importante en todo el mundo, que exige la intervención de muchos otros sectores sociales y económicos, además del de la salud. Asimismo, indica explícitamente el Preámbulo que la desigualdad de los diversos países en lo relativo al fomento de la salud y el control de las enfermedades, sobre todo las transmisibles, constituye un peligro común.

### **¿Qué es la atención primaria de salud?**

La Declaración de Alma-Ata sobre Atención Primaria de Salud, ya en 1978, daba cuenta que la grave desigualdad existente en el estado de salud de la población, especialmente entre los países en desarrollo y los desarrollados, así como dentro de cada país, es política, social y económicamente inaceptable y, por tanto, motivo de preocupación común para todos los países, enfatizando que la promoción y protección de la salud del pueblo es indispensable para un desarrollo económico y social sostenido y contribuye a mejorar la calidad de la vida y a alcanzar la paz mundial.

Tiene el gran mérito de consagrar la atención primaria de salud como aquella asistencia sanitaria esencial basada en métodos y tecnologías prácticos, científicamente fundados y socialmente aceptables, puesta al alcance de todos los individuos y familias de la comunidad mediante su plena participación y a un costo que la comunidad y el país puedan soportar, en todas y cada una de las etapas de su desarrollo con un espíritu de autorresponsabilidad y autodeterminación. De tal modo, la atención primaria forma parte integrante tanto del sistema nacional de salud, del que constituye la función central y el núcleo principal, como del desarrollo social y económico global de la comunidad, representando el primer nivel de contacto de los individuos, la familia y la comunidad

---

<sup>27</sup> La Constitución fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York del 19 de junio al 22 de julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946, por los representantes de 61 Estados y entró en vigor el 7 de abril de 1948.

con el sistema nacional de salud, llevando lo más cerca posible la atención de salud al lugar donde residen y trabajan las personas, y constituye el primer elemento de un proceso permanente de asistencia sanitaria.

### **Pilar fundamental en la lucha contra las enfermedades infecciosas.–**

La atención primaria de salud, desde Alma–Ata, está destinada a constituirse en el pilar fundamental en la lucha contra las enfermedades infecciosas. La Declaración establece que la atención primaria de salud comprende cuando menos, las siguientes actividades: la educación sobre los principales problemas de salud y sobre los métodos de prevención y de lucha correspondientes; la promoción del suministro de alimentos y de una nutrición apropiada, un abastecimiento adecuado de agua potable y saneamiento básico; la asistencia materno–infantil, con inclusión de la planificación de la familia; la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas; la prevención y lucha contra las enfermedades endémicas locales; el tratamiento apropiado de las enfermedades y traumatismos comunes; y el suministro de medicamentos esenciales.

Prácticamente todas estas actividades resultan cruciales en la lucha contra las enfermedades infecciosas. Dicha Declaración, que se hizo famosa por proclamar como meta a alcanzar la salud para todos para el año 2000<sup>28</sup> –que no pudo ser cumplida–, mantiene a través de los principios fundamentales que proclama, hoy más vigencia que nunca.

Hoy, por lo tanto, con la Organización Mundial de la Salud abogando con fuerza por el fortalecimiento de los sistemas de salud nacionales, con la propagación de epidemias largamente presentes en el mundo como la tuberculosis, malaria y el VIH/SIDA y otras de reciente aparición como el virus de influenza AH1N1, el SARS y la gripe aviar, la puesta de los ojos en la atención primaria de salud –pilar básico de todo sistema sanitario– se vuelve inevitable, constituyendo una oportunidad única para configurar el

---

<sup>28</sup> El párrafo V de la Declaración establece que: “Los gobiernos tienen la obligación de cuidar la salud de sus pueblos, obligación que sólo puede cumplirse mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas. Uno de los principales objetivos sociales de los gobiernos, de las organizaciones internacionales y de la comunidad mundial entera en el curso de los próximos decenios debe ser el de que todos los pueblos del mundo alcancen en el año 2000 un nivel de salud que les permita llevar una vida social y económicamente productiva. La atención primaria de salud es la clave para alcanzar esa meta como parte del desarrollo conforme al espíritu de la justicia social”.



derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

## **1.2. Reconocimiento jurídico del derecho a la salud.–**

El derecho a la salud constituye uno de los derechos sociales básicos. Por ello, se encuentra recogido en los principales instrumentos internacionales como se desarrollará en el capítulo IV de esta tesis y en muchas constituciones nacionales.

### **1.2.1. Reconocimiento internacional del derecho a la salud.–**

En esta parte introductoria, interesa ir dando cuenta de tres instrumentos internacionales de carácter general, que establecen pilares básicos que guían su consecuente desarrollo, trascendentes para la tesis doctoral.

Primeramente, en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud se privilegia por establecer su objetivo general o finalidad institucional, cual es el de “alcanzar para todos los pueblos el grado más alto posible de salud”, expuesto en su artículo 1º, respecto del cual resulta pertinente un breve análisis.

Así, no establece un contenido específico de medidas básicas, sino que introduce la noción de realización progresiva del más alto nivel posible de salud, instaurando de tal modo un elemento indispensable en la reflexión sobre los derechos sociales y económicos, que reconoce que las limitaciones de los recursos de los gobiernos y otros agentes en este ámbito son inevitables.

Por otra parte, aquél postulado debe ser comprendido en directa relación con lo dispuesto en el Preámbulo de su Constitución, al proclamar que la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, clave para el desarrollo futuro del derecho a la salud situado en el contexto general de los derechos sociales y económicos que le influyen. Además, será especialmente relevante para la determinación paulatina de las funciones propias de la atención primaria de salud, que van más allá de la atención médica e incluye también la

promoción de la salud y la consideración de los determinantes sociales de la salud, de importancia para nuestro tema de tesis.

Luego, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH)<sup>29</sup>, de 1948, se sentaron las bases del marco jurídico internacional del derecho a la salud. En su artículo 25.1, afirma que toda persona tiene el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia sanitaria y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo, derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

Desde entonces, este derecho se ha codificado en muchos tratados de derechos humanos vinculantes, internacionales y regionales. Esta disposición fundamental revela la importancia de la salud para que toda persona y su familia pueda gozar del derecho a un nivel de vida adecuado y al mismo tiempo la incorpora junto con otros derechos sociales y económicos básicos que constituyen factores que influyen y determinan la salud y el bienestar de una persona y su familia, gravitante para evitar las condiciones que facilitan la irrupción y propagación de las enfermedades infecciosas.

Por lo tanto, esta disposición se encuentra en consonancia con el Preámbulo de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud que proclama la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, que va más allá de la asistencia sanitaria y del derecho a seguro en caso de enfermedad. Ello servirá de referencia e impulso para que más adelante se establezcan importantes funciones para la atención primaria de la salud, en la ya mencionada Declaración de Alma-Ata, y en la Carta de Ottawa, para la promoción de la Salud, de 1986, que se desarrollará en el capítulo III de esta tesis.

---

<sup>29</sup> Aprobada mediante la resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Por último, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>30</sup>, que contiene algunas de las disposiciones jurídicas internacionales más importantes para el establecimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, incluidos los derechos relativos al trabajo en condiciones justas y favorables, a la protección social, a un nivel de vida adecuado, a la educación y al goce de los beneficios de la libertad cultural y el progreso científico, consagra en su artículo 12 el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental, en la forma que a continuación se indica:

- “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:
  - a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;
  - b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
  - c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
  - d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”.

La disposición contemplada en el párrafo primero del artículo 12 del Pacto continúa con la noción de realización progresiva del derecho a la salud en la línea demarcada en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud, teniendo en cuenta con todo, que el Pacto impone ciertas obligaciones de efecto inmediato, como la no discriminación.

El artículo 12 debe entenderse en relación con el artículo segundo del Pacto, que dispone que cada uno de los Estados Partes se compromete a adoptar medidas, tanto por

---

<sup>30</sup> Fue aprobado y abierto a la firma, ratificación y adhesión mediante la resolución 2200 A (XXI), de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966, después de casi 20 años de debates sobre su contenido. Adquirió fuerza de ley 10 años más tarde, entrando en vigor el 3 de enero de 1976.

separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos en el Pacto.

Por tanto, el reconocimiento del derecho a la salud no significa evidentemente que sus beneficiarios tengan derecho a estar sanos. El Pacto subraya, más bien, la obligación de los Estados Partes de asegurar a sus ciudadanos el disfrute del más alto nivel posible de salud. En esta tarea, la asistencia y la cooperación internacional, en especial económica y técnica, resulta prioritaria para que los países en desarrollo puedan cumplir sus obligaciones contraídas en virtud del Pacto.

Con todo, el artículo 12 en su párrafo 2 impone también la responsabilidad inmediata de avanzar con la mayor eficacia y rapidez posibles, mediante la aplicación de medidas sanitarias concretas que deben adoptar los Estados Partes, hacia la realización del derecho a la salud, la mayoría de ellas de relevancia en la configuración del derecho a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas. El artículo 12, por lo tanto, hace hincapié en el acceso equitativo a la asistencia sanitaria sin discriminación de ninguna especie y en unas garantías mínimas de asistencia sanitaria en caso de enfermedad.

Además, el derecho a la salud se encuentra consagrado específicamente y con sus propias particularidades en diversos instrumentos internacionales relativos a grupos específicos<sup>31</sup>; y en instrumentos internacionales relativos a contextos específicos<sup>32</sup>, que serán debidamente desarrollados en el capítulo 4 de la presente tesis doctoral.

---

<sup>31</sup> Entre ellos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención de los Derechos del Niño; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; Convención sobre el Estatuto de los Refugiados; y el Convenio 169, sobre Pueblos Indígenas y Tribales, de la Organización Internacional del Trabajo. Cabe destacar que el derecho a la salud se encuentra ampliamente reconocido en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y en la Convención de los Derechos del Niño.

<sup>32</sup> Respecto de aquellos instrumentos internacionales que rigen en el contexto de mercados globalizados; de la administración de justicia, así como en el contexto de situaciones de conflicto armado.

### **1.2.2. Reconocimiento nacional del derecho a la salud.–**

El derecho a la salud, consagrado en numerosos tratados internacionales y regionales de derechos humanos y en muchas constituciones nacionales, es un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua potable y a condiciones sanitarias adecuadas, una vivienda y una nutrición adecuadas, así como otros factores sociales determinantes, como el género, la discriminación y las desigualdades raciales y étnicas.

La mayoría de los países ha reconocido ya la primacía de los derechos humanos mediante la firma y ratificación de los acuerdos internacionales en los que éstos se consagran. Ello tiene gran relevancia, considerando que muchos de ellos han incluido disposiciones en este sentido en sus constituciones y leyes nacionales y de que en muchos países incluso, los tratados internacionales disfrutan de rango constitucional.

Efectivamente, la mayoría de los países en el mundo han firmado o ratificado, al menos una convención o tratado de carácter general o regional que consagra el derecho a la salud. Por ejemplo, más de 150 países son Estados Parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre 80 han firmado tratados regionales y más de 100 países han incorporado el derecho a la salud en su constitución nacional<sup>33</sup>.

En el marco normativo de salud nacional e internacional, el derecho a la salud está llamado a contribuir a la formulación de leyes, políticas y prácticas que sean sostenibles, equitativas, significativas y que respondan a las necesidades de las personas que viven en la pobreza<sup>34</sup>. Esto merece especial atención en materia de la lucha contra las enfermedades infecciosas, como se expondrá en el desarrollo de esta tesis. Como mínimo, los derechos humanos, y el derecho a la salud en particular, prescriben la

---

<sup>33</sup> HOGERZEIL, Hans, *et al.*, “Is Access to essential medicines as part of the fulfillment of the right to health enforceable through the courts?”, *The Lancet*, vol. 368, n.º 9532, pp. 305-11, julio 2006, p. 306.

<sup>34</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/11/12, de 31 de marzo de 2009, párrafos 8-9.

obligación de los Estados de tener en cuenta las implicaciones sanitarias, así como de las relativas, entre otras cosas, al comercio, el medio ambiente y los intercambios<sup>35</sup>.

De tal manera, tanto las implicancias sanitarias como las implicancias del comercio, el medio ambiente, los intercambios, u otras, no son las mismas ni generan los mismos efectos, según se trate de países desarrollados, en vías de desarrollo o de países menos adelantados, e intentarán ser expuestas en el desarrollo de esta tesis, en el marco del derecho a la salud, en la pretensión de configurar los elementos esenciales del derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

Y por lo mismo se generan, además de los acuerdos a nivel internacional, diferentes leyes, políticas y prácticas, a nivel nacional, que han dado lugar a la dictación de sentencias judiciales –incluso de parte de Tribunales o Cortes Constitucionales y Tribunales Superiores de Justicia– en diferentes partes del mundo, con especial relevancia y frecuencia en el último decenio en países en desarrollo, que han hecho efectivo y exigible el derecho a la salud –sea de forma directa o indirecta– por vía judicial, y cuyo contenido y fundamentos serán relevantes para nuestra tesis, como se verá en el desarrollo de esta tesis.

Respecto de los Estados Parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han adquirido valor las observaciones generales que emanan del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>36</sup>, las cuales aunque no son jurídicamente vinculantes, son consideradas orientaciones autorizadas que arrojan luz sobre el contenido de los derechos y las obligaciones consagrados en el Pacto. En el caso del derecho a la salud, cobra especial interés la Observación General N°14, del año 2000, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), que colabora en ir demarcando un entendimiento cabal de su alcance y contenido.

---

<sup>35</sup> COMISION DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, INNOVACION Y SALUD PUBLICA, Op. Cit., Capítulo 1, p. 19.

<sup>36</sup> El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales por sus Estados Partes. El Comité se estableció en virtud de la resolución 1985/17, de 18 de mayo de 1985, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), para desempeñar las funciones de supervisión asignadas a este Consejo en la parte IV del Pacto.

De forma introductoria, conviene aquí mencionar que el Comité ha afirmado que el derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano, sino más bien que entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar la propia salud y el propio cuerpo. Por su parte, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas igualdad de oportunidades para disfrutar del más alto nivel posible de salud.

Por lo tanto, las observaciones del Comité proporcionan una base sólida para argumentar que el acceso a los tratamientos esenciales, las medidas preventivas y los diagnósticos es un derecho, y entrañan obligaciones específicas para los Estados y que, por ende, el acceso a estos productos es un elemento básico y legítimo del derecho a la salud, como lo es gozar de los beneficios del progreso científico<sup>37</sup>, todas materias de especial interés para nuestra tesis.

### **1.2.3. La salud como derecho exigible.–**

En lo que se refiere a su exigibilidad judicial, respecto al derecho a la salud se observan diferentes posibilidades en la actualidad. Sea de forma directa, cuando la conducta exigible en materia de este derecho social resulta claramente determinable y permite que el derecho a la salud sea directamente exigible por vía judicial. Sea de forma indirecta, cuando se trata de aprovechar las posibilidades de justiciabilidad y los mecanismos de tutela que brindan otros derechos, de modo de permitir, de esa forma, el amparo de este derecho social.

Se aprovecha en este punto de mencionar aquella distinción de exigibilidad, directa e indirecta, por cuanto nos permite vislumbrar el actual desarrollo y evolución futura del derecho a la salud, de significativa importancia para nuestro tema de tesis, sin pretender ahondar más detalladamente en este ámbito, lo cual se abordará más adelante en esta tesis.

Como se anticipara previamente en el párrafo 1.1.1, la protección de la salud tiene una doble vertiente. Por una parte, abarca el ámbito de la salud pública, que contempla todas

---

<sup>37</sup> COMISION DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, INNOVACION Y SALUD PUBLICA, Op. Cit., Capítulo 1, p. 19.

las medidas que un Estado debe desarrollar para preservar la salud de su ciudadanía y, por la otra, comprende las acciones que requieren ser adoptadas para garantizar la asistencia sanitaria que cada ciudadano puede llegar a precisar.

De tal manera, atendida la relevancia social y colectiva que merece la protección de la salud pública, por una parte, como la relevancia fundamental que para cada persona reviste su propia salud, por la otra, se revela la trascendencia de la protección de la salud como bien, de cuyo goce depende el ejercicio de casi todos los demás derechos.

### **Exigibilidad directa.–**

En atención a este carácter trascendente de la salud, de la cual no se escapa la lucha contra las enfermedades infecciosas, es que el Poder Judicial se ve enfrentado no pocas veces a evaluar la gravedad e irreversibilidad de la lesión que pende sobre el derecho a la salud, de mantenerse la omisión ilícita. Casos de estas características se pueden referir por ejemplo al acceso a medicamentos esenciales, a la interrupción de tratamientos médicos y al suministro de medicamentos.

A su vez, existen otros factores que multiplican aún más la presión para que se pronuncie el Poder Judicial. De acuerdo a los autores Abramovich y Courtis<sup>38</sup>, “...los tribunales han sido particularmente sensibles a los reclamos judiciales cuando se pone en juego la salud de personas vulnerables tales como niños, mujeres embarazadas o víctimas de graves accidentes o enfermedades”. En la visión de ambos autores, en una importante proporción de estos casos “...las necesidades de tutela urgente y las características de las acciones judiciales que se emplean para reclamar la protección judicial, postergan aquellas objeciones basadas sobre la mayor exigencia probatoria o complejidad técnica de la cuestión. Al tratarse de acciones cautelares, el estándar probatorio adoptado por los tribunales se limita a verificar la verosimilitud del derecho y de la irreversibilidad de las consecuencias que se producirían de mantenerse la omisión ilícita”.

---

<sup>38</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 137-138.



De tal manera, añaden los mismos autores, “...resultan momentáneamente superadas algunas de las objeciones “políticas” o “técnicas” que plantearía un caso en el que, por no darse un supuesto de urgencia, los efectos de la mayor discrecionalidad estatal resultarían más difícilmente ponderables judicialmente”.

No está de más añadir en este acápite, que los factores aludidos previamente se aplican perfectamente a las enfermedades infecciosas, sobretodo teniendo en cuenta que son precisamente las poblaciones más vulnerables quienes más las sufren. Al mismo tiempo se aprovecha de resaltar que, de acuerdo a lo expuesto y teniendo en cuenta la relevancia de que se le brinde –al o a los afectados– una adecuada protección, el derecho a la salud detenta “ventajas comparativas” en el ámbito de su protección judicial con respecto a otros derechos sociales.

#### **Exigibilidad indirecta.–**

Como se anunció previamente, la exigibilidad del derecho a la salud por vía judicial puede ser de tipo indirecto, es decir, aprovechando las mayores oportunidades de justiciabilidad que brindan otros derechos –especialmente aquellos de carácter civil y político– a través de los mecanismos de tutela contemplados específicamente a su respecto, logrando el amparo del derecho a la salud de esa manera.

No es esta parte introductoria de la tesis la llamada a revisar en mayor detalle la exigibilidad indirecta y sus diferentes posibilidades y alternativas<sup>39</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, si nos interesa dejar expuesta la importancia de la vinculación para ante los Tribunales de Justicia, de la protección del derecho a la salud en vinculación con el resguardo del derecho a la vida.

#### **Conexión de derecho a la salud y el derecho a la vida.–**

---

<sup>39</sup> Existen diversos ejemplos de conexión de violación de derechos sociales a través de la violación de derechos civiles y políticos, de manera de aprovechar las garantías de justiciabilidad que brindan éstos últimos. Partiremos enunciando la innegable conexión entre el derecho a la vida y el derecho a la salud, de importancia para este trabajo. Los autores Abramovich y Courtis (Op. Cit, pp. 201-202) citan otros ejemplos: el derecho de propiedad y el derecho a la vivienda; el derecho de asociación y los derechos sindicales; la libertad de expresión, el derecho de manifestación y el derecho de huelga; el derecho a un medio ambiente sano y el derecho a la intimidad; entre el derecho a la intimidad y los derechos culturales, y aún del derecho de protección de la vida familiar; así como también del derecho a fijar el lugar de residencia y el derecho a la protección de la vivienda o con mayor precisión el derecho a no ser objeto de evicciones arbitrarias.

Existe una innegable conexión teórica y práctica entre el derecho a la vida y el derecho a la salud. Ello cobra especial importancia teniendo en cuenta que el derecho a la vida no sólo implica el deber del Estado de abstenerse de intervenir en acciones que puedan afectar o vulnerar el derecho a la vida de sus habitantes, sino que también envuelve obligaciones positivas que le caben al Estado en su resguardo, vinculados estrechamente con el derecho a la salud.

En efecto, ya en 1982, el Comité de Derechos Humanos<sup>40</sup> de la Organización de las Naciones Unidas, al interpretar el derecho a la vida consagrado en el artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), expuso que su protección importaba la obligación de los Estados de adoptar medidas positivas tendientes a eliminar las amenazas reales en contra de este derecho, según se transcribe a continuación<sup>41</sup>:

“El Comité ha notado que el derecho a la vida ha sido usualmente interpretado de modo restrictivo. La expresión “derecho a la vida inherente a la persona” no puede ser entendida de una manera restrictiva, y la protección de ese derecho requiere que el Estado adopte medidas positivas. En relación a ello, el Comité considera que sería deseable que los Estados parte adopten todas las medidas posibles para reducir la mortalidad infantil e incrementar las expectativas de vida, especialmente procurando eliminar la desnutrición y las epidemias”.

De acuerdo a lo expuesto, en la interpretación amplia del derecho a la vida que realiza el Comité de Derechos Humanos, constituyen obligaciones positivas del Estado en la protección del derecho a la vida, la adopción de medidas directamente vinculadas con el derecho a la salud, como lo son aquellas necesarias para reducir la mortalidad infantil e incrementar las expectativas de vida, especialmente aquellas que procuren eliminar la

---

<sup>40</sup> El Comité de Derechos Humanos tiene por propósito la aplicación de las normas de derechos humanos contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, debiendo desempeñar las funciones que le han sido asignadas en la parte IV del Pacto.

<sup>41</sup> Observación General N°6, de 1982, del Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sobre “El Derecho a la Vida” (artículo 6), párrafo 5.

desnutrición y las epidemias, lo que deja de manifiesto la íntima conexión entre ambos derechos y la importancia que dicha conexión guarda en el ámbito específico de las enfermedades infecciosas.

Por último, cabe indicar que la conexión entre el derecho a la vida y el derecho a la salud queda de manifiesto en un estudio<sup>42</sup> conducido por el Departamento de Políticas y Estándares en Medicamentos (PSM), de la Organización Mundial de la Salud, publicado el año 2006, en el cual se identificaron y analizaron setenta y un (71) juicios concluidos ante los Tribunales de Justicia –en un total de doce (12) países de ingresos medios y bajos–, en los cuales el acceso a medicamentos esenciales era demandado en relación con el derecho a la salud.

En definitiva, dicho estudio concluyó que en el 80% de los juicios, es decir, en 55 de los 71 casos identificados y analizados, el derecho a la salud se encontraba vinculado con el derecho a la vida. No está de más señalar que, de los 55 juicios, en 49 de ellos las demandas tuvieron éxito y solamente en 6 no tuvieron éxito, lo que demuestra con claridad la relevancia de la conexión entre ambos derechos fundamentales.

### **1.3. Objetivo de Tesis Doctoral.–**

#### **1.3.1. Propuesta central.**–

Atendida la carga de enfermedad y sufrimiento que provocan en todo el mundo –especialmente en las poblaciones de menores recursos y más vulnerables–, y teniendo en cuenta el carácter prevenible, controlable y tratable de la mayoría de las enfermedades infecciosas, la lucha contra ellas constituye un bien público mundial y un derecho humano básico y esencial al que toda persona debiera tener acceso, entrado el siglo XXI y existiendo progresos y adelantos científicos y tecnológicos en el mundo sin parangón.

La tesis doctoral tiene por objetivo central establecer la configuración básica del derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas, al que tiene derecho toda persona, para lo cual, durante el desarrollo de la

---

<sup>42</sup> HOGERZEIL, Hans, *et al.*, Op. Cit.

tesis, se establecerán los elementos esenciales indisponibles que todo Estado se encuentra llamado a asegurar a su población, con el apoyo de la comunidad internacional y la cooperación económica y técnica de los demás Estados.

La definición y configuración de este derecho humano básico y elemental, constituye a nivel mundial, hoy más que nunca, una obligación moral ineludible, teniendo en cuenta por una parte, los progresos y desarrollo humano alcanzados y, por la otra, el carácter altamente interconectado del mundo global a todo nivel, que facilitan y acentúan, en lo que respecta a las enfermedades infecciosas, la veloz propagación de epidemias de un rincón del planeta a otro. Ejemplo de ello, la pandemia mundial del virus de influenza AH1N1.

La importancia del derecho a la salud queda de manifiesto al situarse en el centro de los objetivos de desarrollo del Milenio<sup>43</sup>, toda vez que constituye un derecho fundamental y básico para la reducción de la pobreza y para el desarrollo. La buena salud no es sólo una consecuencia de la reducción de la pobreza y del desarrollo, es una vía para lograrlos<sup>44</sup>.

En efecto, de los ocho objetivos de desarrollo del milenio, todos tienen relación con la salud, pero hay cuatro de ellos que guardan directa relación con la salud<sup>45</sup>: reducir la mortalidad infantil (objetivo 4); mejorar la salud materna (objetivo 5); combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades (objetivo 6); garantizar la sostenibilidad del medio ambiente (incluso reducir a la mitad el porcentaje de personas que carezcan de acceso a agua potable (objetivo 7)).

De tal manera, esta tesis doctoral sobre el derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas, atendida la materia que aborda y el derecho humano que pretende configurar, tiene directa relación con todos los objetivos de la Declaración del Milenio recién enunciados, lo que da cuenta de la pertinencia e interés que suscita el objeto de estudio.

---

<sup>43</sup> OMS, *Health and the Millenium Development Goals*, Ginebra, WHO, 2005.

<sup>44</sup> Documento de las Naciones Unidas A/59/422, párrafo 13.

<sup>45</sup> Documento de las Naciones Unidas A/59/422, párrafo 11.

### **1.3.2. Estructura de tesis doctoral para cumplimiento de objetivo.–**

#### **Capítulo Primero.–**

La tesis doctoral se encuentra estructurada en siete capítulos, de los cuales el capítulo primero correspondiente a la “Introducción”, finaliza precisamente con la presentación actual del objetivo del trabajo (1.3). Previamente, hemos expuesto el contexto, tema de análisis y relevancia de la tesis (1.1), y repasado el reconocimiento jurídico del derecho a la salud (1.2), para lo cual se ha expuesto brevemente, tan solo a modo introductorio, el reconocimiento nacional e internacional del derecho a la salud y el derecho a la salud como derecho exigible o justiciable ante los tribunales de justicia.

#### **Capítulos Segundo y Tercero.–**

Los capítulos segundo y tercero, tienen por finalidad contextualizar la materia objeto de estudio desde el punto de vista sanitario y de salud pública. Así, el capítulo segundo denominado “Lucha contra las enfermedades infecciosas: bien público mundial”, se inicia dando cuenta de la importancia que merecen los bienes públicos mundiales (2.1) en un mundo cada vez más interdependiente, respecto del cual la comunidad internacional tiene un interés común.

Luego, continúa el capítulo segundo con la lucha contra las enfermedades infecciosas (2.2), dando repaso a las principales enfermedades infecciosas, sus clasificaciones a nivel internacional junto a los riesgos que implican las epidemias en el mundo global. Para ello, primeramente se insertará la lucha contra las enfermedades infecciosas observando la situación de los productos sanitarios a su respecto; luego se presentará un diagnóstico de las enfermedades infecciosas a nivel mundial, para culminar con la necesidad de participar de los beneficios del progreso científico. Y terminará el capítulo segundo con la colaboración internacional en la lucha contra las enfermedades infecciosas: el Reglamento Sanitario Internacional (2.3).

Por su parte, en el capítulo tercero “Atención Primaria de Salud (APS)”, se da cuenta de la relevancia de la APS como parte fundamental y prioritaria de todo sistema de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas. Primeramente se abordan “Las

obligaciones básicas en la atención primaria de salud” (3.1); Luego “La Declaración de Alma Ata (1978) y la Carta de Ottawa (1986)” (3.2), por sus aportes en la determinación, fomento y alcances de la APS –conservando el contenido consagrado en ambos instrumentos plena vigencia en la actualidad–, y de especial importancia en la prevención y control de las enfermedades infecciosas para las poblaciones vulnerables; y concluir con la “APS y los Objetivos de Desarrollo del Milenio” (3.3).

#### **Capítulo Cuarto.–**

Sentadas las bases sanitarias y de salud pública que unen la lucha contra las enfermedades infecciosas –teniendo en cuenta su calidad de bien público mundial– con las funciones que corresponden a la atención primaria de salud en un sistema de salud, la tesis doctoral se centra en su capítulo cuarto “El Derecho a la Salud”, a abordar la recepción jurídica del derecho a la salud a nivel internacional.

Incluirá el desarrollo e interpretación de los principales instrumentos internacionales llevado a cabo por Órganos creados a partir de Pactos y Convenciones Internacionales, encargados de supervisar su aplicación y formular recomendaciones y observaciones a los Estados Partes en el ámbito del derecho a la salud de interés para nuestra tesis, así como revisión al desarrollo de mecanismos no contenciosos, de denuncias de particulares, tribunales internacionales u de otro carácter. Ello permitirá identificar las principales áreas de interés de nuestra tesis que tendrán incidencia prioritaria en el ejercicio del derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

Así entonces, el capítulo cuarto –en términos gruesos– parte con la revisión del derecho a la salud en los principales instrumentos internacionales de carácter general (4.1); continúa con los instrumentos internacionales relativos a contextos específicos (4.2); y culmina con los instrumentos internacionales relativos a grupos vulnerables específicos (4.3);

#### **Capítulo Quinto.–**

Por tanto, con el respaldo sanitario y de salud pública aportado en los capítulos segundo y tercero, unido al respaldo normativo y jurídico del derecho a la salud, contemplado en

el capítulo cuarto, se pasa al capítulo quinto y final de los “Componentes Esenciales del Derecho Humano a la Atención Primaria de Salud en la Lucha contra las Enfermedades Infecciosas”. En él se definen los tres elementos esenciales y fundamentales, de carácter general, que configuran el derecho humano que consagra esta tesis doctoral y que todo Estado se encuentra llamado a desarrollar y asegurar en favor de la población. Cada uno de estos elementos esenciales y fundamentales comprenden diferentes elementos de carácter más específico que los integran y desarrollan.

De esta manera, el capítulo 5 se inicia con el elemento esencial relativo a la actuación sobre los factores determinantes de la salud (5.1), clave en la lucha contra las enfermedades infecciosas. Por una parte, respecto de los principales factores determinantes subyacentes de la salud, como el acceso al agua potable y a un saneamiento adecuado; el acceso a una vivienda digna; el suministro suficiente de alimentos sanos y nutrición adecuada; condiciones sanas en el entorno ambiental; y el acceso a la educación e información sobre las cuestiones relacionadas con la salud. Y por la otra, relativo a los factores sociales determinantes de la salud, como los principios de la no discriminación y la igualdad; la pobreza y la exclusión social; y el acceso al goce de prestaciones básicas.

Luego, continúa con el elemento esencial del acceso a la atención de salud (5.2), de carácter fundamental, constituido por el acceso a los establecimientos de salud; la prevención; la asistencia; el tratamiento y el apoyo; y por cierto, el acceso a los medicamentos esenciales. Por último, se concluye este capítulo con el tercer elemento esencial del derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas, relativo a la innovación y desarrollo (I + D) basado en las necesidades sanitarias prioritarias (5.3), en lugar de la innovación farmacéutica basada en la demanda, que provoca efectos muy perjudiciales, especialmente en lo referente a la investigación y desarrollo de las llamadas “enfermedades desatendidas” o “enfermedades de la pobreza”.

Los tres elementos esenciales que se desarrollan en el capítulo quinto corresponden a ámbitos comprendidos en la esfera de la atención primaria de salud. Estos elementos se

estructuran y definen en la presente tesis doctoral con el apoyo de jurisprudencia de carácter nacional e internacional relevante.

#### **Capítulo Sexto.–**

Por último, se insertan al final de la tesis doctoral, las conclusiones finales.



## **2. LA LUCHA CONTRA LAS ENFERMEDADES INFECCIOSAS: BIEN PÚBLICO MUNDIAL.–**

Como se dejara establecido en el capítulo primero, la propagación de las enfermedades infecciosas, y en consecuencia, la necesidad de su prevención y control, se ven desafiados con el creciente flujo migratorio, el volumen de intercambio comercial y el impacto que genera la mayor conectividad terrestre, aérea y marítima a nivel mundial. Es por ello, que en la actualidad cualquier brote epidémico en un lugar del planeta puede producir –con una rapidez asombrosa– efectos y estragos prácticamente en cualquier lugar del mundo, como lo demostró recientemente la pandemia del virus de influenza AH1N1.

Lo mismo ocurre con respecto a factores sociales y ambientales de mayor complejidad, determinantes en la generación de las condiciones para la transmisión de enfermedades infecciosas, tales como la pobreza y falta de nutrición y albergue adecuado, de alcantarillado, saneamiento y agua potable, e incluso la urbanización sin control ni planificación y el cambio climático. Estos factores que afectan a tantas poblaciones en el mundo entero, constituyen un factor de riesgo latente de transmisión de enfermedades infecciosas no sólo para las poblaciones vecinas, teniendo en cuenta la mayor conectividad y tráfico internacionales. Lo mismo acaece respecto de grandes focos de pobreza y miseria humana provocados por áreas devastadas por conflictos armados o sociales de gran envergadura o por desastres y catástrofes naturales, que se transforman en potenciales focos de propagación de enfermedades infecciosas al resto del mundo.

La realidad sanitaria que se enfrenta en la actualidad queda muy bien graficada en el informe de la Comisión de Derechos de Propiedad Intelectual, Innovación y Salud Pública, al constatar que la experiencia reciente ha demostrado la indivisibilidad de las prioridades sanitarias<sup>46</sup>. Al efecto, esta Comisión indica que con el proceso de mundialización y la creciente movilidad de los habitantes del mundo entero, no se puede considerar que ninguna enfermedad infecciosa esté limitada geográficamente y que en

---

<sup>46</sup> COMISION DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, INNOVACION Y SALUD PUBLICA, Op. Cit., Capítulo 2, p. 11.

definitiva, las tendencias demográficas y económicas han incrementado la vulnerabilidad a las epidemias (como el SARS, la tuberculosis, la gripe o la gripe aviar), que podrían afectar a millones de personas del mundo desarrollado y en desarrollo.

El informe de esta Comisión ha servido de antecedente e insumo para diversas resoluciones<sup>47</sup> de la Asamblea Mundial de la Salud en este ámbito, órgano de la Organización Mundial de la Salud que se encuentra consciente de esta preocupación y sus graves consecuencias, teniendo en especial cuenta la creciente carga de morbilidad de las enfermedades infecciosas que afectan de forma desproporcionada a los países en desarrollo, en particular las enfermedades y afecciones de las mujeres y los niños. Asimismo, la Asamblea Mundial de la Salud ha destacado la necesidad de desarrollar nuevos productos sanitarios –vacunas, medicamentos, medios de diagnóstico– seguros y asequibles para enfermedades transmisibles como el SIDA, la malaria y la tuberculosis, así como para otras enfermedades que afectan desproporcionadamente a los países en desarrollo.

## **2.1. ¿Qué es un bien público mundial o global?**

En un mundo cada vez más interdependiente se presta mucha más atención a los “bienes públicos mundiales”, referidos a cuestiones en las que la comunidad internacional tiene un interés común y que no sólo importan a un Estado en particular, sino que conciernen a todos los Estados, y en el que en la actualidad participan actores que emanan desde variados ámbitos, tanto público como privado, sea a través de organismos multilaterales; gobiernos; fundaciones y organizaciones filantrópicas; la implementación de fondos globales<sup>48</sup> que intentan responder a retos específicos;

---

<sup>47</sup> Especial mención en esta materia merecen la Resolución 59.24, de 2006, de la Asamblea Mundial de Salud, sobre “salud pública, innovación, investigaciones sanitarias esenciales y derechos de propiedad intelectual: hacia una estrategia mundial y plan de acción” y, especialmente, la Resolución 61.21, de 2008, de la Asamblea Mundial de Salud, sobre “Estrategia mundial y plan de acción sobre salud pública, innovación y propiedad intelectual”, cuya estrategia da el mandato a la OMS de “Prestar (...) en colaboración con otras organizaciones internacionales competentes, apoyo técnico (...) a los países que tengan intención de hacer uso de las disposiciones del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, incluidas las flexibilidades reconocidas en la declaración Ministerial de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública.”

<sup>48</sup> Por ejemplo, el año 2002, se creó el Fondo Mundial de Lucha contra el SIDA, la Tuberculosis y el Paludismo, que es un organismo independiente de la Organización de las Naciones Unidas y de los gobiernos. Los fondos globales son agentes globales que no pretenden enfocarse en necesidades nacionales. Si bien la ONU es un actor multilateral, se buscaba un nuevo actor global que fuera capaz de

organizaciones corporativas; grupos de interés, organismos de base y las redes sociales, etc.

Al referirse a los bienes públicos mundiales, la Comisión sobre Macroeconomía y Salud, coloca el acento en el origen de los medios de provisión y financiamiento, indicando que: "...En su sentido más amplio, los bienes públicos son tipos de actividades económicas y productos que el mercado dispensa en grado insuficiente y que, por lo tanto, han de ser provistos, financiados o ambas cosas, con medios públicos. Cuando los bienes públicos son locales (como la policía y los bomberos) o nacionales (como la defensa pública), los proveedores clave son los gobiernos locales o nacionales, respectivamente. Los bienes públicos mundiales (BPM) son bienes públicos que los gobiernos locales y nacionales dispensan en grado insuficiente, ya que sus beneficios trascienden las fronteras de los países. La lucha contra las enfermedades exige inversiones importantes en BPM, por encima de los medios o incentivos de un solo gobierno y de la suma total de los programas de nivel nacional. Entre los distintos tipos de bienes públicos, tienen especial importancia los que suponen la producción de nuevo conocimiento, en particular por medio de inversiones en investigación y desarrollo (I+D)"<sup>49</sup>.

En cuanto a la mayor atención de la comunidad internacional hacia problemas globales, cuyos efectos negativos pueden concentrarse en mayor medida en los países más pobres y condicionar su desarrollo, Sanahuja<sup>50</sup> indica que estos bienes públicos pueden ser globales (BPG) o regionales (BPR), y que los donantes están canalizando un volumen creciente de ayuda oficial al desarrollo a través de fondos e iniciativas globales, algunos de ellos de reciente creación, para financiar la provisión de BPG y BPR en paz y seguridad, protección frente al crimen organizado transnacional, protección de bienes

---

responder a estos retos muy específicos sin ninguna otra influencia y que alrededor de su mesa pudieran sentarse una multiplicidad de actores, incluyendo a numerosos actores privados, gubernamentales y no gubernamentales. Se trata de actores que trabajan con su dinero en el terreno, le dan viabilidad, le proveen enfoque y plantean prioridades.

<sup>49</sup> COMISION SOBRE MACROECONOMIA Y SALUD, *Macroeconomía y salud: Invertir en salud en pro del desarrollo económico*, Ginebra, OMS, 2002, pp. 83-84.

<sup>50</sup> SANAHUJA Perales, José Antonio, "¿Más y mejor ayuda?: Los Objetivos del Milenio, la Declaración de París y las tendencias en cooperación al desarrollo", *Eikasía. Revista de Filosofía*, n.º 28, pp. 125-161, 2009.

comunes, control de enfermedades infecciosas y pandemias globales (VIH/SIDA, malaria, tuberculosis, SRAS...).

Respecto de la calidad de la salud como bien público mundial, los investigadores Kaul, Grunberg y Stern<sup>51</sup>, fundamentan y explican que, "...En el marco de la globalización, dos movimientos están transformando, en gran parte, la salud en bien público mundial. En primer lugar, las relaciones crecientes entre los flujos de comercio, de migración y de información, aceleraron el traspaso, allende las fronteras, de las enfermedades y los riesgos para la salud al comportamiento y el medio ambiente. Luego, las presiones cada vez más fuertes sobre los recursos globales comunes en agua y aire causaron peligros ambientales compartidos".

Es preciso reconocer que las aseveraciones efectuadas terminando el siglo pasado por estos tres investigadores, se han visto plenamente ratificadas en el presente siglo en materia de propagación de enfermedades infecciosas, con la aparición de nuevos virus que afectan al mundo con una rapidez asombrosa.

Estableciendo con mayor precisión los bienes a proteger en el contexto de la salud, el ex Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt, ha señalado que se consideran bienes públicos mundiales *la lucha contra las enfermedades infecciosas*, la difusión de la investigación sanitaria y ciertas iniciativas de reglamentación internacionales, como por ejemplo, el Convenio Marco de la Organización Mundial de la Salud para el Control del Tabaco<sup>52</sup>.

Asimismo, Hunt ha indicado la necesidad de que se prosiga con el estudio de la relación entre los "bienes públicos mundiales" sanitarios y la responsabilidad impuesta por los derechos humanos de ofrecer ayuda y cooperación internacional en el campo de la salud<sup>53</sup>, esfuerzo al que este trabajo pretende aportar en el ámbito de la lucha contra las enfermedades infecciosas.

---

<sup>51</sup> KAUL, Inge, GRUNBERG, Isabelle, STERN, Marc A., *Global public goods*, Nueva York, Oxford University Press, 1999, p. 289.

<sup>52</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/7/11, párrafo 59.

<sup>53</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/7/11, párrafo 62.

## **2.2. La lucha contra las enfermedades infecciosas.**

En un mundo interconectado, la lucha contra las enfermedades infecciosas debe ser enfrentada en conjunto por la comunidad internacional, de lo contrario no surtirá efectos duraderos, pues aquel brote epidémico que no es detectado o bien controlado en un lugar, país o área del mundo, tiene altas probabilidades de propagarse con fulminante rapidez a otros lugares y continentes del mundo, y el consecuente riesgo de transformarse en pandemia. Por ende, resulta claro su carácter de bien público mundial y la necesidad de emplear todos los medios disponibles en su prevención y control.

En efecto, la carga de mortalidad y morbilidad de las enfermedades infecciosas –pese a los progresos mundiales, riqueza y niveles de desarrollo alcanzado en muchos lugares del mundo–, es especialmente devastadora para muchas poblaciones. Las disparidades de salud entre países ricos y pobres resultan en promedios de esperanza de vida de 77 y 52 años, respectivamente. Estas insoportables diferencias se generan en gran parte por la contribución de muertes producidas por enfermedades infecciosas.

En un artículo de Widdus<sup>54</sup>, se presenta una tabla que contiene la estimación de mortalidad por causa de enfermedades infecciosas durante el año 1998 en el mundo entero, haciendo la prevención de que algunos patógenos no fueron incluidos por no estar disponibles sus estimaciones. En dicha tabla las enfermedades infecciosas se presentan separadamente entre aquellas que no disponen de una vacuna efectiva disponible a la fecha de la compilación de los datos y aquellas que si disponían de vacuna. Entre paréntesis se coloca el porcentaje del total a que equivalen las enfermedades de las que se dispuso de estimaciones de mortalidad:

### **Enfermedad infecciosa sin vacuna efectiva disponible al compilar los datos.**

VIH/SIDA: 2.285.000 (27.47%); Tuberculosis: 1.498.000 (18.01%); Malaria: 1.110.000 (13.34%); la enfermedad neumocócica: 1.110.000 (13.22%); Rotavirus: 800.000 (9.62%); Shigellosis: 600.000 (7.21%); E. coli enterotoxigénica: 500.000 (6.02%);

---

<sup>54</sup> WIDDUS, Roy, “Public-private partnerships for health: their main targets, their diversity, and their future directions”, *Bulletin of the World Health Organization*, vol. 79, n.º8, pp. 713-720, 2001.

Virus respiratorio sincicial: 160.000 (1.92%); Esquistosomiasis: 150.000 (1.80); leishmaniasis: 42.000 (0,50%); Trypanosomiasis: 40.000 (0.48%); Enfermedad de Chagas: 17.000 (0.20%); Dengue: 15.000 (0.18%); Lepra: 2.000 (0.03%). Subtotal mortalidad: 8.319.000 (100%).

### **Enfermedad infecciosa con vacuna efectiva disponible al compilar los datos.**

Hepatitis B: 1.000.000 (30.55); Sarampión: 888.000 (27.12%); Haemophilus influenzae de tipo b (Hib): 500.000 (15.27%); Tétano: 410.000 (12.52%); la Tos Ferina: 346.000 (10.57%); Cólera: 120.000 (3.67%); Difteria: 5.000 (0.15%); Encefalitis Japonesa: 3.000 (0.09%); Poliomieltis: 2000 (0.06%). Subtotal mortalidad: 3.274.000 (100%).

De tal manera en este estudio, solamente respecto de aquellas enfermedades en las que se pudo disponer de estimaciones de mortalidad, se calculó que durante el año 1998, más de once millones quinientos mil muertos alrededor del mundo. Después entrado este siglo, las poblaciones más vulnerables han seguido sufriendo la mayoría de estas enfermedades y el mundo se ha visto afectado asimismo por nuevas enfermedades como el SARS, la gripe aviar y el reciente virus de influenza AH1N1. Si bien las cifras de mortalidad impactan, las de morbilidad son mucho mayores...

#### **2.2.1. Los productos sanitarios.**

De acuerdo a la Asamblea Mundial de la Salud<sup>55</sup>, en la actualidad viven en los países en desarrollo unos 4800 millones de personas, lo que representa el 80% de la población mundial. De esa cifra, 2.700 millones –el 43% de la población mundial– viven con menos de US\$2 al día. En lo tocante a las enfermedades transmisibles (o infecciosas), la Asamblea Mundial de Salud indica que éstas representan el 50% de la carga de morbilidad de los países en desarrollo y que a su respecto, el acceso a los medicamentos, las vacunas y los kits de diagnóstico se ve obstaculizada, entre otras cosas, por la ineficiencia de los sistemas de salud, la falta de recursos y los precios inasequibles para muchas personas del mundo en desarrollo.

---

<sup>55</sup> Véase el Anexo “Estrategia Mundial sobre Salud Pública, Innovación y Propiedad Intelectual”, adjunto a la resolución 61.21 de la Asamblea Mundial de Salud, de 2008, sobre estrategia mundial y plan de acción sobre salud pública, innovación y propiedad intelectual y la resolución 60.30, de 2007, de la Asamblea Mundial de Salud, sobre salud pública, innovación y propiedad intelectual.

De tal manera, es urgente reducir la elevadísima incidencia de enfermedades transmisibles y la creciente carga de morbilidad que afecta de forma desproporcionada a los países en desarrollo, y en particular a las mujeres y los niños.

Para ello, la lucha contra las enfermedades infecciosas requiere de productos sanitarios seguros y eficaces que se ocupen de las enfermedades infecciosas, indispensables para su prevención y control y que sean accesibles y se encuentren disponibles para la población que los requiere. Atendida la importancia de los productos sanitarios, se dan a su alrededor muchos intereses económicos que pueden atentar contra el interés sanitario.

La expresión “productos sanitarios”<sup>56</sup> abarca las vacunas, los medios diagnósticos y los medicamentos, cruciales en la lucha contra las enfermedades infecciosas. La relevancia a nivel internacional de entender la lucha contra las enfermedades infecciosas como un bien público mundial, puede y debe generar importantes y positivas consecuencias, al constituirse los productos sanitarios llamados a combatir las enfermedades infecciosas en bienes públicos en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

En el ámbito comercial, la Organización Mundial del Comercio –cuyos acuerdos y decisiones producen efectos importantes en el ámbito sanitario–, ha establecido que por “producto farmacéutico” se entiende cualquier producto patentado, o producto manufacturado mediante un proceso patentado, del sector farmacéutico necesario para hacer frente a los problemas de salud pública, reconocidos en el párrafo 1 de la Declaración de Doha, relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública<sup>57</sup>, incluidos los ingredientes activos necesarios para su fabricación y los equipos de diagnóstico necesarios para su utilización. En el capítulo 5.2 de esta tesis se desarrollará el elemento esencial del acceso a la atención de salud –que por cierto incluye el acceso a los medicamentos esenciales– y se dará repaso a los principales acuerdos comerciales a nivel internacional que se relacionan directamente con la salud pública, para detallar los

---

<sup>56</sup> Véase la resolución 59.24, de 2006, de la Asamblea Mundial de Salud, sobre salud pública, innovación, investigaciones sanitarias esenciales y derechos de propiedad intelectual: hacia una estrategia mundial y plan de acción.

<sup>57</sup> El Consejo General de la Organización Mundial del Comercio, en su decisión de 30 de agosto de 2003 sobre la aplicación del párrafo 6 de la Declaración de Doha, relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública.

principales desafíos y dificultades que enfrentan los países —en especial los países en desarrollo— y sus poblaciones en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

Por su parte, en la lucha contra las enfermedades infecciosas no sólo tiene relevancia el acceso a productos sanitarios que ya han sido desarrollados, sino que adquiere suma trascendencia para combatir la infección y propagación de enfermedades infecciosas, la investigación y desarrollo de futuros productos sanitarios, es decir, nuevas vacunas y medicamentos, lo que será analizado especialmente en el capítulo 5.3, a propósito del elemento esencial de la innovación farmacéutica basada en las necesidades sanitarias prioritarias. A este respecto, cobra importancia el mercado de la innovación farmacéutica y las dificultades que enfrenta para satisfacer adecuadamente las necesidades sanitarias prioritarias de las poblaciones más vulnerables, e incluso la revisión de prácticas o conductas que eventualmente puedan afectar la libre competencia en el mercado farmacéutico.

Por ello, resulta conveniente indicar que en el ámbito de la libre competencia, la Unión Europea ha fijado lo que cabe entender por mercado de innovación. En efecto, en las Directrices sobre Defensa de la Competencia para la Concesión de Licencias de la Propiedad Intelectual, ha señalado que “Un mercado de innovación consiste en la investigación y el desarrollo dirigidos a bienes o procesos en particular, nuevos o mejorados, y los sustitutos cercanos de tal investigación y desarrollo”<sup>58</sup>.

Germán Velásquez —quien ha sido Coordinador del Programa de Acción en Medicamentos de la Organización Mundial de la Salud y actualmente Director del Secretariado sobre Salud Pública, Innovación y Propiedad Intelectual, de la OMS—, al referirse a las intersecciones entre los ámbitos sanitario y comercial, ha indicado con claridad que: “El derecho a la salud es una cosa, la promoción y el desarrollo del comercio es otra. Estas dos nociones no son contradictorias sino complementarias y oponerlas no conduce a una solución. Las reglas del comercio y de la economía en general deben tener como objetivo contribuir al bienestar social. No pueden de ninguna manera erigirse como obstáculos para confiscar la riqueza y la prosperidad de una parte importante de la sociedad. El acceso a los tratamientos y a los sistemas de salud,

---

<sup>58</sup> Párrafo 3.2.3.



entendido como un derecho fundamental del ser humano, debe ser protegido enérgicamente por los poderes públicos y por sus instituciones. En lo sucesivo está claro que si los medicamentos son considerados como simples mercancías, equivale a aceptar el acceso a la salud como una mercancía a la cual sólo tienen acceso aquéllos que tienen suficiente poder adquisitivo. Comprar la salud o ser condenado, sin posibilidad de apelar, ¡qué realidad tan aterradora! Debería ahondarse más en la reflexión sobre los medicamentos esenciales como un bien público o indisolublemente ligados a este bien público que es el acceso a la salud”<sup>59</sup>.

#### **2.2.1.1. El rol crucial de las vacunas.–**

El rol crucial de las vacunas en la lucha contra las enfermedades infecciosas, fue ratificado en la Cumbre del Milenio celebrada en 2000, al consolidarse la inmunización como uno de los principales pilares en las actividades encaminadas a alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM).

Y es particularmente relevante para el cumplimiento del objetivo n.º4, de reducir la mortalidad entre los niños menores de 5 años (ODM 4). De acuerdo a la OMS<sup>60</sup> se estima que gracias a la inmunización cada año se evita que mueran 2,5 millones de niños –especialmente vulnerables a las enfermedades infecciosas– y, sin embargo, a pesar de los éxitos conseguidos, millones de niños de los países en desarrollo –casi el 20% del total de niños que nacen cada año–, no logra completar el ciclo de inmunizaciones previstas durante el primer año de vida, lo que constituye un riesgo de morbilidad y mortalidad.

El presente siglo, que se ha caracterizado por el sobrevenimiento de nuevas epidemias que han causado estragos y alarma a nivel mundial –provenientes en su origen de contagios emanados de interacciones entre el animal y el hombre–, como es el caso del SARS, la gripe aviar y recientemente la influenza humana AH1N1, también se ha distinguido por la obtención de nuevas vacunas<sup>61</sup>. Así, se han conseguido vacunas

---

<sup>59</sup> VELASQUEZ, Germán, “Los medicamentos: ¿un bien público mundial?”, *Biomédica*, Instituto Nacional de Salud, Colombia, vol. 24, n.º2, Editorial, junio 2004.

<sup>60</sup> OMS/UNICEF/Banco Mundial, *Vacunas e inmunización: situación mundial*, 3ª edición, Ginebra, OMS, 2010, pp. XXVI-XXVII del resumen de orientación.

<sup>61</sup> De acuerdo a la Organización Mundial de la Salud el incremento en la obtención de nuevas vacunas se debe en gran parte a tres factores: el uso de innovadoras tecnologías de fabricación, el creciente apoyo de

contra la gripe aviar provocada por el virus H5N1, e incluso recientemente también del virus de influenza humana AH1N1. Lo mismo ha acaecido con vacunas contra otras enfermedades infecciosas de más larga data como la meningitis meningocócica, la diarrea por rotavirus y las enfermedades provocadas por neumococos.

Asimismo, la OMS ha podido constatar que los programas de inmunización llevados a cabo por los sistemas sanitarios a nivel nacional durante el presente siglo, han logrado promover vacunas nuevas o poco utilizadas diferentes a las que tradicionalmente se administran a los niños de corta edad. De tal manera además de las vacunas tradicionales –difteria, tétanos, tos ferina, sarampión, poliomelitis y tuberculosis– se han sumado a los programas de los sistemas de salud vacunas nuevas o poco utilizadas contra la hepatitis B, el *Haemophilus influenzae* de tipo b (Hib), la parotiditis, la enfermedad neumocócica, el rotavirus y la rubéola, y, en los países donde se necesita, contra la fiebre amarilla y la encefalitis japonesa.

Sin embargo, pese a estos positivos avances y logros en materia de vacunas e inmunización, continúan existiendo dificultades importantes para que aquellos logros lleguen efectivamente a quienes lo necesitan, partiendo por las debilidades propias de los sistemas sanitarios, especialmente en los países en desarrollo. También constituyen obstáculos las dificultades en la distribución de las vacunas, el desconocimiento por parte de la población más pobre de la importancia de acceder a los servicios de inmunización y la disminución de la financiación prevista para alcanzar los objetivos mundiales en materia de inmunización.

Por último, conviene indicar que el alza en las ventas de las vacunas ha transformado a este sector en uno de los de más crecimiento de la industria. De hecho, desde el 2000 el mercado mundial prácticamente se ha triplicado, con unos ingresos mundiales

---

las alianzas publico-privadas para la obtención de productos y los nuevos recursos y mecanismos de financiación. Ejemplo de alianzas publico-privadas en materia de vacunas son: la Alianza Global para las Vacunas y la Inmunización (GAVI), iniciativa que actúa en todos los ámbitos de la inmunización y que integra a países en desarrollo y países donantes, a UNICEF, la OMS, el Banco Mundial y la industria farmacéutica; y la Iniciativa Internacional para una Vacuna contra el SIDA (International AIDS Vaccine Initiative) que se dirige a producir una vacuna mediante un fondo global con un enfoque de investigación y desarrollo tecnológico.

superiores a US\$17.000 millones a mediados de 2008<sup>62</sup>. Sin embargo, dicho incremento no implica equidad en su acceso ni en su distribución geográfica, toda vez que la mayor parte de esa expansión corresponde a las ventas en los países industrializados de vacunas más nuevas y costosas, que suponen más de la mitad del valor total de las ventas de vacunas en todo el mundo.

Lo que es innegable es que las vacunas, que fueron durante un tiempo prolongado un sector descuidado de la industria farmacéutica, se han convertido en un factor importante de crecimiento –se espera que las vacunas generen US\$21.500 millones en ventas para 2012, de acuerdo con Sanofi Aventis SA, uno de los líderes en el rubro– y son en gran parte inmunes a la competencia de los medicamentos genéricos, lo que ha generado el regreso al segmento por parte de los grandes fabricantes de medicamentos, gracias a un aumento de los precios y al desarrollo de nuevas tecnologías para mejorar la producción<sup>63</sup>.

#### **2.2.1.2. El acceso a los medicamentos esenciales.–**

No cabe duda que el acceso a medicamentos esenciales constituye un elemento indispensable para el ejercicio del derecho a la salud. Sin perjuicio de ello, la realidad demuestra las dificultades que enfrentan muchas personas a este respecto. Uno de cada tres habitantes del planeta no tiene acceso regular a los medicamentos y las tres cuartas partes viven en países en vías de desarrollo donde sólo se consume un 8% de la venta mundial de productos farmacéuticos<sup>64</sup>.

El acceso a los medicamentos esenciales depende de cuatro factores que se analizarán con mayor detención en el capítulo cuarto y quinto de este trabajo: selección racional, precios asequibles, financiación sostenible y sistemas de salud fiables.

La necesidad de establecer cuáles son aquellos productos que, desde el punto de vista sanitario son de primera necesidad, motivaron que en 1979 se aprobara la creación del

---

<sup>62</sup> OMS/UNICEF/BANCO MUNDIAL, *Vacunas e inmunización: situación mundial*, 3ª edición, Ginebra, OMS, 2010, pp. XXIV-XXV del resumen de orientación.

<sup>63</sup> *The Wall Street Journal Americas*, “Las vacunas: El nuevo objetivo de las farmacéuticas”, Jonathan Rockoff y Peter Loftus, transcrito en *El Mercurio*, Santiago, 30 de septiembre, 2009, p. B10.

<sup>64</sup> OMS, “Equitable access to essential medicines: a framework for collective action”, *WHO Policy Perspectives on Medicines*, n.º8, p. 1, marzo 2004.

Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales (PAME)<sup>65</sup> de la OMS. De acuerdo con la definición de la OMS, los medicamentos esenciales son los que satisfacen las necesidades sanitarias prioritarias de la población<sup>66</sup>, considerados de la máxima importancia, y por lo tanto básicos, indispensables y necesarios<sup>67</sup>. Entre ellos, medicamentos para enfrentar enfermedades infecciosas que sin su acceso regular pueden conducir a la muerte. En efecto, la aparición de epidemias como la de VIH/SIDA, el aumento generalizado de enfermedades infecciosas como la tuberculosis y la malaria y la aparición de resistencia a los antimicrobianos<sup>68</sup> han dado al concepto de medicamentos esenciales más importancia que nunca en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

En definitiva, los medicamentos esenciales se seleccionan teniendo debidamente en cuenta su pertinencia para la salud pública, pruebas de su eficacia y seguridad, y su eficacia comparativa en relación con el costo. Su importancia radica en que deben estar disponibles en los sistemas de salud en todo momento, en cantidades suficientes, en las formas farmacéuticas apropiadas, con garantía de la calidad e información adecuada, a un precio que los pacientes y la comunidad puedan pagar. Asimismo, la aplicación del concepto de medicamentos esenciales ha de ser flexible y adaptable a muchas situaciones diferentes y constituye responsabilidad de cada país la determinación de los medicamentos que se consideran esenciales. De esta manera, la selección de los medicamentos esenciales es uno de los principios fundamentales de una política

---

<sup>65</sup> Resolución 32.41, de 1979, de la Asamblea Mundial de la Salud, sobre el programa de acción en medicamentos esenciales.

<sup>66</sup> OMS, *WHO Medicines Strategy: Revised procedure for updating WHO's Model List of Essential Drugs* (EB109/8), de 7 de diciembre de 2001, p. 3.

<sup>67</sup> OMS, *The Selection of essential drugs, Report of a WHO Expert Committee*, Ginebra, 1977, p. 9. (WHO Technical Report Series, n.º 615).

<sup>68</sup> El artículo "Public health action plan to combat antimicrobial resistance" (INTERAGENCY TASK FORCE ON MICROBIAL RESISTANCE, *Pan American Journal of Public Health*, año 2001, vol. 9, n.º2, pp. 123-127) desarrolla este problema de salud pública, de gravedad tanto para los países del norte como los del sur en la lucha contra las enfermedades infecciosas. En su página 123, contextualiza el tema indicando que: "A partir de los años 40, los antimicrobianos redujeron drásticamente la morbilidad y mortalidad de las enfermedades infecciosas, pero las bacterias y otros microorganismos patógenos poseen una notable capacidad para desarrollar resistencia, bien por mutación o bien por adquisición de genes de resistencia de otros microorganismos. La presión selectiva ejercida por los antimicrobianos favorece el crecimiento de microorganismos resistentes y la amplia utilización de estos fármacos ha conducido a una situación que amenaza destruir los logros conseguidos en la segunda mitad del siglo pasado".

farmacéutica nacional porque ayuda a establecer prioridades para todos los aspectos del sistema farmacéutico<sup>69</sup>.

Después de la inmunización contra las enfermedades comunes de la infancia, la utilización apropiada de los medicamentos esenciales es uno de los componentes más costo-eficaces de la atención sanitaria moderna en donde asume un rol prioritario la atención primaria de salud, muy importante para nuestra tesis.

### **Acceso a medicamentos y el Acuerdo sobre los ADPIC.–**

Si bien esta materia del acceso a los medicamentos esenciales se tratará en el capítulo cuarto al abordar el derecho a la salud y se desarrollará en el capítulo quinto con ocasión del elemento esencial del acceso a la atención de salud (párrafo 5.2), interesa en esta parte introducir la relevancia de este tema y la necesidad de abordarlo desde la perspectiva de los derechos humanos, que cobró especial trascendencia desde el nacimiento de la Organización Mundial del Comercio (OMC) en 1995 y los posibles efectos que puede generar en el acceso a los medicamentos el Acuerdo sobre los ADPIC, el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio.

En efecto, la OMS publicó en 1998 un informe que indicaba las posibles consecuencias de este acuerdo sobre el acceso a los medicamentos<sup>70</sup>, y luego su ex Directora General, la Dra. Gro Harlem Brundtland, expuso en el 2001, ante la Cuarta Conferencia Ministerial de la OMC –que adoptó la importantísima Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública– señalando con claridad que:

*“el acceso a la atención de salud es un derecho humano y todos tenemos la obligación de observar si ese derecho se realiza progresivamente. Comprende el acceso a los establecimientos de salud, la prevención, la asistencia, el tratamiento y el apoyo, y evidentemente el acceso a los medicamentos que salvan la vida. Al*

---

<sup>69</sup> OMS, “Selección de medicamentos esenciales”, *Perspectivas políticas sobre medicamentos de la OMS*, n.º 4, p.1, junio 2002.

<sup>70</sup> VELASQUEZ, Germán y BOULET, Pascale, *Mondialisation et accès aux médicaments. Perspectives sur l'accord ADPIC de l'OMC*, Ginebra, OMS, 1999.

comienzo de este siglo XXI, la tercera parte de la población mundial carece todavía de acceso a los medicamentos necesarios para tener buena salud. La OMS reconoce que este acceso a los medicamentos esenciales depende de la selección y el uso inteligente de los medicamentos, la financiación sostenida y apropiada, los precios asequibles, y los sistemas viables de atención sanitaria y suministro. Mucho se ha logrado en los dos últimos decenios. Sin embargo, todavía muchos millones de personas no pueden obtener los medicamentos y las vacunas que necesitan a un precio asequible”<sup>71</sup>.

La Declaración de Doha es especialmente importante, teniendo en cuenta que “mientras las decisiones de organizaciones como la Organización Mundial del Comercio son de carácter obligatorio para sus miembros, las resoluciones y directivas de la OMS son, por ahora, y pese a las facultades que tiene para adoptar resoluciones obligatorias, meras recomendaciones”<sup>72</sup>.

En definitiva, en la Declaración de Doha, los miembros de la OMC afirman que el Acuerdo sobre los ADPIC “puede y debe interpretarse e implementarse de manera tal que apoye el derecho de los Miembros de la Organización Mundial del Comercio a proteger la salud pública y, en especial, a promover el acceso a todos los medicamentos”<sup>73</sup>. En ella se reconocen las preocupaciones con respecto a los efectos de la propiedad intelectual sobre los precios de los medicamentos y se reafirmó el derecho de los Estados miembros de utilizar la flexibilidad<sup>74</sup> de los ADPIC para satisfacer las necesidades de salud pública y promover el acceso a los medicamentos para todos.

---

<sup>71</sup> OMS, “Histórica declaración ministerial sobre la salud pública y el ADPIC”, *Boletín de Medicamentos Esenciales*, n.º30, p. 4, 2001.

<sup>72</sup> VELASQUEZ, G., “Acceso a medicamentos en perspectiva global: retos, respuestas y derechos”. En: SEUBA H., X. (coordinador), *Salud Pública y Patentes Farmacéuticas, Cuestiones de Economía, Política y Derecho*, Barcelona, Librería Bosch, S.L., 2008, pp. 17-40 (pp. 38-39).

<sup>73</sup> Organización Mundial del Comercio, “Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública” (WT/MIN(01)/DEC/2), de 20 de noviembre de 2001.

<sup>74</sup> Los objetivos y principios del Acuerdo sobre los ADPIC hacen hincapié en el equilibrio de derechos y obligaciones y sirven de base para que los países utilicen la flexibilidad y protejan la propiedad intelectual en el plano nacional para satisfacer sus necesidades sociales y de desarrollo. El artículo 1 del Acuerdo establece el principio básico de que los Estados miembros pueden establecer el método adecuado para aplicar el Acuerdo en el marco de su propio sistema y práctica jurídicos y el artículo 8 establece específicamente que los Estados miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública.

Ahora bien, es preciso señalar que la aplicación de la flexibilidad también se ve afectada por la presión que ejercen los países desarrollados sobre los países en desarrollo y los países menos adelantados, y que se manifiesta en ocasiones con la adopción de tratados bilaterales o multilaterales que incorporan disposiciones “ADPIC Plus”, más estrictas que las consagradas en el Acuerdo sobre los ADPIC, o incluso en otras ocasiones, mediante la aplicación de eventuales sanciones comerciales. Asimismo, la industria farmacéutica en este ámbito se defiende con fuerza en la protección de sus intereses económicos.

Un ejemplo de estas presiones y las dificultades en la aplicación de la flexibilidad por parte de países en desarrollo, se dio con motivo de la adopción por parte del Gobierno de Sudáfrica, en 1996, de una nueva Política nacional de medicamentos dirigida a garantizar un suministro adecuado y fiable de medicamentos seguros y eficaces en función del costo, de calidad aceptable para todos los ciudadanos de Sudáfrica<sup>75</sup>. De hecho, el PAME, de la Organización Mundial de la Salud, había colaborado activamente con el programa farmacéutico nacional de Sudáfrica<sup>76</sup>, alentado por la influencia que podría tener sobre otros países africanos. En aplicación de la Política, el Gobierno de Sudáfrica modificó su Ley de medicamentos para mejorar el acceso a los medicamentos<sup>77</sup>. Ello provocó que los Estados Unidos incluyeran a Sudáfrica en la lista de vigilancia especial 301 –un anticipo de sanciones comerciales que los Estados Unidos pueden imponer contra cualquier país– y lo que es más relevante para esta tesis, motivaron la interposición el año 2000 de una demanda presentada por treinta y nueve (39) compañías farmacéuticas contra el Gobierno de Sudáfrica.

La demanda impugnaba las disposiciones de la Ley de Medicamentos aduciendo que violaban la constitución de Sudáfrica, al conferir al Ministro de Salud facultades demasiado amplias para producir o importar versiones más baratas de medicamentos que todavía estaban protegidos mediante patente. Finalmente, las empresas farmacéuticas retiraron la demanda el 18 de abril de 2001, efectuando una declaración conjunta con el Gobierno de Sudáfrica, que acuerda: “...los demandantes reconocen y

---

<sup>75</sup> Política nacional de medicamentos de Sudáfrica, 1996, p. 3.

<sup>76</sup> OMS, *DAP'S Report of the Biennium 1994-1995* (DAP/MAC(8)/96.4), Ginebra, OMS, 1996, p. 11.

<sup>77</sup> Ley de enmiendas N°90, de la Ley de control de medicamentos y sustancias conexas, de 1997.

reafirman que la República de Sudáfrica puede promulgar leyes o regulaciones de carácter nacional, incluyendo regulaciones que implementen la Ley de enmienda N°90, de 1997 o adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y ampliar el acceso a los medicamentos, en conformidad a la Constitución de Sudáfrica y el Acuerdo sobre los ADPIC.<sup>78</sup>

En este mismo sentido, recientemente, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover<sup>79</sup>, reivindicó la necesidad, desde la perspectiva del derecho a la salud, de que se permita a los países en desarrollo y los países menos adelantados utilizar la flexibilidad del Acuerdo sobre los ADPIC y que su legislación nacional debería incluir la flexibilidad para:

- a) Utilizar plenamente los períodos de transición<sup>80</sup>;
- b) Definir criterios de patentabilidad;
- c) Conceder licencias obligatorias y prever el uso por el gobierno;
- d) Adoptar el principio del agotamiento internacional, a fin de facilitar las importaciones paralelas;
- e) Establecer excepciones limitadas de los derechos de patente;
- f) Permitir procedimientos de oposición y revocación.

Estas materias serán abordadas en mayor detalle en el capítulo quinto de esta tesis al momento de desarrollar el elemento esencial del acceso a la atención de salud, clave en la configuración del derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas. Por su parte, otra materia importante reivindicada también por el Relator Especial Grover la constituye la necesidad que los países adopten medidas enérgicas de fomento de la competencia para limitar los abusos del sistema de patentes, lo cual también se abordará en el capítulo quinto de esta tesis doctoral, y que

---

<sup>78</sup> OMS, Departamento de Medicamentos Esenciales y Política Farmacéutica, “South Africa Access to essential drugs in international trade agreements”, *Essential Drugs in Brief*, n.º4, pp. 1-2, abril de 2001.

<sup>79</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/11/12, de 31 de marzo de 2009, párrafo 27.

<sup>80</sup> El Acuerdo sobre los ADPIC concede a los Estados miembros plazos de aplicación diferentes en función de su nivel de desarrollo económico.



genera efectos tanto en el acceso a los medicamentos como respecto de la innovación farmacéutica.

Asimismo, otra controversia que genera consecuencias hace más de dos años en la lucha contra las enfermedades infecciosas, corresponde a aquella que enfrenta a la India<sup>81</sup> contra la Unión Europea por la exportación de medicamentos genéricos<sup>82</sup> por parte de la India y que ha permitido a grandes empresas farmacéuticas valerse de las severas leyes de patentes del bloque para hacer que las aduanas nacionales de la UE embargaran reiteradamente —y en ocasiones hasta por ocho meses— medicamentos genéricos que se encontraban en tránsito, bajo el argumento de que violaban las leyes de patentes de la UE. Cabe precisar que estos remedios no iban a ser vendidos en la UE, sino con destino final a países en desarrollo que han establecido protecciones más débiles para mantener los precios bajos para sus habitantes que tienen menos recursos. Muchos remedios genéricos indios contra el tratamiento del VIH/SIDA han sufrido esta suerte<sup>83</sup>.

Por tanto, sin pretender desarrollar en este acápite el crucial tema del acceso a los medicamentos esenciales, se ha estimado necesario esbozar algunas de las cuestiones sanitarias y comerciales en conflicto. Atendido ello, la calidad de bien público mundial de la lucha contra las enfermedades infecciosas, constituye una óptica adecuada para reforzar los criterios sanitarios y de salud pública que deben primar en la protección del derecho a la salud. Y en aquella lucha, el medicamento esencial está llamado a ser considerado un bien público mundial.

De tal manera, resulta muy interesante concluir este párrafo con las trascendentales reflexiones de Germán Velásquez sobre el medicamento esencial, y que estimo conveniente reproducir: “De ahora en adelante hay que considerar al medicamento esencial como un bien público a escala mundial. Este cambio de perspectiva implicará modificaciones sustanciales en varios niveles y de distinta naturaleza, a las cuales la

---

<sup>81</sup> India es el proveedor principal de medicamentos esenciales para los países en desarrollo.

<sup>82</sup> *The Wall Street Journal Americas*, “Leyes de patentes: Las drogas genéricas enfrentan a India contra la Unión Europea”, John W. Miller, en Bruselas, y Geeta Anand, en Mumbai, transcrito en *El Mercurio*, Santiago, 7 de agosto, de 2009, p. B10.

<sup>83</sup> Un caso paradigmático ocurrió el 27 de febrero de 2009, cuando un envío de medicamentos contra el VIH/SIDA organizado por la Fundación William J. Clinton con destino a Nigeria fue confiscado en Amsterdam y cuyo receptor correspondía a las Naciones Unidas, siendo liberado inmediatamente después de la queja formulada por las Naciones Unidas.

comunidad internacional y las autoridades públicas deberán encontrar respuestas. ¿es posible que un bien público a escala mundial sea patentable, es decir, que exista un monopolio de algunos en detrimento directo de millones de personas? ¿El objeto (medicamento) que hace posible el ejercicio de uno de los derechos fundamentales puede someterse a normas que obstaculizan el acceso de todos durante un período de veinte años? ¿Bajo qué forma se organizarán la investigación y el desarrollo de nuevos productos farmacéuticos, de manera tal que estén disponibles y sean de acceso inmediato para todos los que lo necesitan? ¿Cómo reorientar la industria farmacéutica hacia objetivos compatibles con la mejora de la salud y la calidad de vida y no únicamente con la expansión económica y la ganancia? ¿Cómo garantizará la sociedad del mañana la producción a escala mundial de estos medicamentos? En los próximos diez años tendremos que responder a estas preguntas, y la mejor manera de prepararse es intentar desde ahora formularlas con claridad”<sup>84</sup>.

Esta tesis pretende ser un decidido aporte en el análisis y desarrollo de muchas estas interrogantes –en su relación con las enfermedades infecciosas– claves para la adecuada formulación del derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

### **2.2.2. Las enfermedades infecciosas a nivel mundial.–**

Habiendo recién observado los productos sanitarios, en especial las vacunas y los medicamentos esenciales, atendida su trascendencia en la lucha contra las enfermedades infecciosas, ahora nos referiremos brevemente a los tres diferentes tipos de enfermedades que distinguió la Comisión sobre Macroeconomía y Salud (CMS), de la Organización Mundial de la Salud, en su Informe “Macroeconomía y salud: Invertir en salud en pro del desarrollo económico”<sup>85</sup>, que resulta de gran relevancia para nuestro trabajo por los temas en que se basa la tipología propuesta.

Esta distinción abarca en principio tanto enfermedades infecciosas como no transmisibles, y nos sirve de mucha utilidad por cuanto el tipo de enfermedad se

---

<sup>84</sup> VELASQUEZ, G., “Acceso a medicamentos en perspectiva global: retos, respuestas y derechos”, Op. Cit., p. 27.

<sup>85</sup> COMISION SOBRE MACROECONOMIA Y SALUD, Op. Cit., pp. 85-ss.

clasifica en función de los países y poblaciones principalmente afectadas, por una parte, y del nivel de incentivo que existen para la investigación y el desarrollo (I + D) de nuevos productos sanitarios para combatirla y su posterior introducción en los diferentes mercados mundiales, capaz de graficar de buena manera la actual situación mundial de la lucha contra las enfermedades infecciosas.

Finalmente, esta clasificación, actualmente muy utilizada en el ámbito sanitario, en especial por su utilidad para evaluar la I+D destinada a combatir las diferentes enfermedades infecciosas que aquejan al planeta y el acceso a estas tecnologías, nos permitirá hacer precisiones respecto de las diferentes enfermedades infecciosas, principalmente entre aquellas que afectan indistintamente a países de todo el mundo, tanto desarrollados como en desarrollo, así como respecto de aquellas que afectan en forma desproporcionada a los países en desarrollo.

#### **2.2.2.1. Tipos de enfermedades.–**

Las **enfermedades de tipo I** afectan tanto a los países ricos como a los países pobres, con una amplia población vulnerable en unos y otros. Entre las enfermedades transmisibles (infecciosas) la CMS cita el *sarampión*, la *hepatitis B* y las *infecciones por Haemophilus influenzae de tipo b (Hib)*. En esta categoría también se incluyen enfermedades no transmisibles, y entre ellas se citan como ejemplos la diabetes, enfermedades cardiovasculares y trastornos relacionados con el tabaco.

En lo que se refiere a I+D, la CMS indica que “existen incentivos para la I+D en los mercados de los países ricos (basados en la financiación pública de la investigación fundamental y el sistema de patentes para el desarrollo de productos)”. Por su parte, respecto al acceso a estas tecnologías, la CMS señala que “se desarrollan productos, pero, en lo concerniente a los países pobres, el principal problema de política es el acceso a estas tecnologías, generalmente de alto precio y protegidas por patentes. Así, en los últimos 20 años se han desarrollado muchas vacunas para enfermedades de tipo I, pero no se han introducido ampliamente en los países pobres debido a su costo”.

Las **enfermedades de tipo II** afectan tanto a los países ricos como a los países pobres, con la salvedad que una proporción importante de los casos se localizan en éstos

últimos. Ello queda ejemplificado por la CMS con las enfermedades infecciosas de *VIH/SIDA* y la *tuberculosis*, localizándose más del 90% de los casos en los países pobres.

De tal manera, en lo que se refiere a I+D, la CMS indica que “existen incentivos para la I+D en los mercados de los países ricos, pero el nivel de gasto en I+D a escala mundial no se corresponde con la carga de morbilidad. En el caso de las vacunas frente al VIH/SIDA, se está llevando a cabo una importante I+D debido a la demanda del mercado de los países ricos, pero no es proporcional a las necesidades mundiales, ni se orienta a las condiciones específicas de la enfermedad en los países pobres. En el caso de la tuberculosis, la situación es incluso peor, con muy poca I+D en curso para poner a punto tratamientos nuevos y mejores”.

Por último, las **enfermedades de tipo III** son las que afectan de manera muy predominante o exclusiva a los países en desarrollo. La CMS cita como ejemplos aquí a dos enfermedades infecciosas, la *tripanosomiasis africana* (conocida también como la “enfermedad del sueño”) y la *oncocercosis* (conocida también como “ceguera de los ríos”).

Respecto a la I+D, la CMS señala que “estas enfermedades son objeto de una escasísima I+D que, en su vertiente comercial, es casi nula en los países ricos. Cuando se desarrollan nuevas tecnologías, suele ser a raíz de descubrimientos fortuitos, como ocurrió cuando un medicamento veterinario desarrollado por Merck (ivermectina) resultó ser eficaz frente a la oncocercosis en los seres humanos”.

Por tanto, las enfermedades infecciosas se encuentran incluidas en las tres categorías, estando en las de tipo I incluidas también enfermedades no transmisibles. En cambio, en las enfermedades tipo II y III se mencionan enfermedades infecciosas, en general vinculadas con la pobreza, que las sufren en forma desproporcionada las poblaciones vulnerables de los países en desarrollo, lo que da cuenta de la importancia que tienen los determinantes sociales de la salud, entre ellos sólo por citar algunos, el acceso a agua potable, el saneamiento adecuado, nutrición adecuada y albergue, e incluso la educación sexual.

La clasificación permite ilustrar que la investigación y desarrollo (I+D) tiende a disminuir con relación a la carga de morbilidad al pasar de las enfermedades del tipo I a las de tipo III, lo cual en la actualidad constituye un sólido hallazgo empírico<sup>86</sup>. De hecho, las enfermedades de tipo II se denominan a menudo enfermedades desatendidas, y las de tipo III enfermedades muy desatendidas. Con todo, la prevalencia de las enfermedades, y por lo tanto el lugar que ocupan en la clasificación, puede evolucionar con el tiempo<sup>87</sup>.

Esta clasificación de la CMS ha cobrado gran relevancia en el ámbito sanitario, al ser desarrollada en el Informe de la Comisión de Derechos de Propiedad Intelectual, Innovación y Salud Pública, de 2006, y al ser utilizada por la Asamblea Mundial de Salud, y constituir un elemento esencial de la formulación de su “Estrategia mundial y plan de acción sobre la salud pública, innovación y propiedad intelectual”, contenida en la resolución 61.21 de 2008<sup>88</sup>. De hecho, se reconoce explícitamente en su texto que para los fines de dicha estrategia, las definiciones de las enfermedades de tipo I, II y III son las indicadas por la CMS.

---

<sup>86</sup> COMISION SOBRE MACROECONOMIA Y SALUD, Op. Cit., p. 86.

<sup>87</sup> En su mencionado Informe, la Comisión sobre Macroeconomía y Salud, aclara que “algunas enfermedades pertenecen a dos categorías, sobre todo si el tratamiento, la prevención o ambos son eficaces frente a cepas distintas en los países ricos y en los países pobres”. Ejemplos de ello lo constituyen el VIH/SIDA, que se situaría entre las enfermedades de tipo I y las de tipo II, y la malaria (paludismo) que se sitúa entre las de tipo II y las de tipo III. Altamente ilustrativo resulta el caso del paludismo. La CMS explica que la situación ambigua del paludismo –entre las enfermedades de tipo II y las de tipo III- se debe a “que en los países ricos existe mercado para la profilaxis y el tratamiento de los viajeros y el personal militar, lo que determina que dichos países tengan un interés moderado por la I+D relacionada con el paludismo” (COMISION SOBRE MACROECONOMIA Y SALUD, Op. Cit., p. 86 y nota al pie n.º 99).

<sup>88</sup> La resolución 61.21, de la Asamblea Mundial de la Salud, resuelve entre otras determinaciones, pedir a la Directora General de la OMS, en aplicación de la estrategia mundial y las partes acordadas del plan de acción, que “establezca con urgencia un grupo de trabajo especial de duración limitada integrado por expertos y orientado a la obtención de resultados, para que examine la actual financiación y coordinación de las actividades de investigación y desarrollo, así como propuestas de fuentes nuevas e innovadoras de financiación para estimular dichas actividades por lo que respecta a las enfermedades de tipo II y de tipo III y a las necesidades específicas de los países en desarrollo en materia de investigación y desarrollo en relación con las enfermedades de tipo I, y abierto a la consideración de propuestas de los Estados Miembros, y que presente un informe sobre los progresos realizados a la 62ª Asamblea Mundial de la Salud, y un informe definitivo a la 63ª Asamblea Mundial de la Salud por conducto del Consejo Ejecutivo” (párrafo 4 numeral 7 parte resolutiva).

#### **2.2.2.2. Las enfermedades infecciosas afectan a población mundial.–**

De la clasificación de la CMS, se vislumbra que las enfermedades infecciosas incluidas en el tipo I afectan a una amplia población vulnerable, tanto en países ricos como en países pobres, lo que da cuenta de su alcance mundial. Esto ha sido especialmente nítido para el mundo entero en el caso del virus de influenza AH1N1.

En efecto, las enfermedades infecciosas tienen la capacidad de afectar a la población independientemente de su estilo de vida, edad o nivel socioeconómico, contribuyendo significativamente a la morbilidad, la mortalidad y los costes sociales y sanitarios. Por ello, la relevancia de adoptar las medidas de prevención y control a nivel nacional e internacional para evitar su propagación.

Es así como enfermedades transmisibles como la tuberculosis, el sarampión y la gripe representan un grave riesgo para la salud humana y son causantes de aproximadamente un tercio de todas las muertes que se producen en el mundo entero, a pesar de la disponibilidad de intervenciones efectivas como los antibióticos y las vacunas<sup>89</sup>. De estas enfermedades, tanto el sarampión como la gripe corresponden a enfermedades de tipo I y sólo la tuberculosis –enfermedad que está desarrollando modalidades resistentes a los fármacos al igual que el VIH/SIDA– se sitúa como de tipo II en la clasificación de la CMS, por localizarse más del 90% de los casos en los países pobres.

Asimismo, las epidemias de la gripe aviar –cuyo primer brote epidémico se dio en 1997 y luego hubo nuevos brotes en este siglo– y recientemente, la pandemia del virus de influenza humana AH1N1, han dado muestras claras de la amplia población vulnerable a su respecto, en todo el mundo. Ambas corresponden a enfermedades de tipo I de acuerdo a los criterios establecidos en la clasificación de la CMS, existiendo incentivos a su respecto para la I+D en los mercados de los países ricos para desarrollar productos sanitarios que las puedan combatir eficazmente. De hecho, respecto de ambas enfermedades y con gran velocidad, ya se podido desarrollar vacunas seguras y eficaces,

---

<sup>89</sup> RODRIGUEZ M., Carmen, *Salud Pública y Asistencia Sanitaria en la Unión Europea una Unión más cercana al ciudadano*, Granada, Editorial Comares, 2008, p. 89.

tanto contra la gripe aviar provocada por el virus H5N1 como contra el virus de influenza AH1N1.

En el caso del virus AH1N1, se desató una carrera fulminante por obtener la vacuna antiinfluenza AH1N1. Bastó que Australia diera a conocer sus primeros ensayos clínicos en humanos de una vacuna contra la influenza AH1N1 para que el resto de las naciones se movilizara con rapidez en la misma dirección. Gobiernos, científicos y laboratorios de todo el mundo destinaron esfuerzos en la producción de una vacuna para combatir la pandemia, teniendo en cuenta, además, que el desarrollo de una vacuna supone un beneficio económico considerable como ya se adelantara previamente en este capítulo. Un ejemplo: la farmacéutica británica GlaxoSmithKline contaba con 195 millones de pedidos de la vacuna en todo el mundo, con lo que se estimaba podría ganar mil millones de libras (unos \$882 mil millones). Con anterioridad al desarrollo de la vacuna, las ventas mundiales de Tamiflú –el medicamento más eficaz contra la gripe humana–, del gigante farmacéutico suizo Roche, aumentaron 203% durante el primer semestre de 2009<sup>90</sup>.

De tal manera, los intereses comerciales han generado mucha atención. Incluso, la propia OMS ha debido defenderse ante acusaciones que se le han formulado<sup>91</sup>, según las

---

<sup>90</sup> *El Mercurio* de Santiago, 24 de julio 2009, “La vacuna antiinfluenza A(H1N1) desata loca carrera por obtenerla”, artículo de Cristián González y Agencias, p. A15.

<sup>91</sup> “Declaración del Dr. Keiji Fukuda en nombre de la OMS durante la audiencia del Consejo de Europa sobre la pandemia de gripe por H1N1, 2009”, de fecha 26 de enero de 2010, publicada en: [http://www.who.int/csr/disease/swineflu/coe\\_hearing/es/index.html](http://www.who.int/csr/disease/swineflu/coe_hearing/es/index.html) (visitado el 29 de agosto de 2011). De la Declaración se considera conveniente extraer parte de ella, por su relevancia: “Permítanme que afirme claramente aquí, ante ustedes, que las decisiones normativas y la respuesta en relación con la pandemia de gripe recomendadas y adoptadas por la OMS no han estado sometidas a ninguna influencia indebida de la industria farmacéutica. La OMS reconoce que la cooperación mundial con diversos asociados, entre ellos el sector privado, es indispensable para abordar de la mejor forma posible los retos de la salud pública tanto presentes como futuros. Se han implantado numerosas medidas de salvaguardia que permiten a la OMS manejar los conflictos de intereses, reales o percibidos, *de los miembros que componen sus grupos consultivos y comités de expertos*. Los expertos externos que asesoran a la Organización firman una declaración de intereses en la que detallan cualquier tipo de interés profesional o económico que pudiera comprometer la imparcialidad de sus consejos. La Organización considera las acusaciones de conflictos de intereses con la mayor seriedad y está convencida de la integridad y la validez científica de las decisiones adoptadas durante esta pandemia de gripe. El 3 de diciembre de 2009, la OMS hizo pública en su sitio web una explicación de la forma en que la Organización recurre a los órganos consultivos en su respuesta a la pandemia. Para concluir, deseo reiterar la cuestión más importante. La presente pandemia de gripe es un suceso bien documentado desde el punto de vista científico en el que la aparición y la propagación de un nuevo virus gripal ha causado una pauta de morbilidad desacostumbrada en todo el mundo. No se trata una cuestión arbitraria de invención de palabras, definiciones o polémicas. Calificar la pandemia de “falsa” supone pasar por alto la historia y los

cuales las políticas y recomendaciones de la OMS en la pandemia de gripe se vieron influidas por la industria farmacéutica, ante lo cual respondió enérgicamente desvirtuando cualquier conflicto de interés y resaltando, como corresponde, el interés sanitario superior de la población mundial.

Es muy importante que estos temas, de gran trascendencia para la población mundial, se traten con la máxima rigurosidad, en consonancia con lo expuesto por la OMS, toda vez que la prevención y control de las enfermedades infecciosas exigen de la máxima colaboración de toda la comunidad internacional, de sistemas de vigilancia que funcionen adecuadamente, y por cierto también del apoyo de los países y sus representantes, mediante la dictación de leyes y reglamentos en el campo de la salud pública, que resguarden debidamente a sus poblaciones de estas amenazas.

La abogada de Singapur, Catherine Tay Swee Kian, que se ha especializado en el área de salud pública y en el síndrome agudo severo respiratorio (SARS), contextualiza estos riesgos –cuando recién se había producido el brote epidémico del SARS en 2003– y la necesidad de que se les preste la atención que merecen, al indicar que “las leyes de salud pública son requeridas como herramientas de salud pública dirigidas a proteger al público de los riesgos sanitarios. La emergencia de enfermedades infecciosas, como el Ébola, cólera, malaria, VIH/SIDA, tuberculosis y ahora el SARS, han demostrado cuán vulnerables son los países a la naturaleza global de los riesgos de salud. Por tanto, para atraer participación pública en las políticas de salud, se debe dar una mayor conciencia pública de los temas en salud, a través de los medios de comunicación y el Internet, los derechos de los pacientes y la aceptación de la responsabilidad social e individual en el comportamiento sanitario”<sup>92</sup>.

Como última conclusión en este acápite, y como corolario de lo expuesto, corresponde recordar que sin perjuicio que se han podido desarrollar muchas vacunas para las enfermedades infecciosas del tipo I, no ha sido posible introducirlas en los países pobres en gran medida debido a su costo, lo cual por cierto constituye un claro obstáculo en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

---

datos científicos recientes y trivializar la muerte de más de 14.000 personas y los numerosos episodios de enfermedad grave que han sufrido muchas más”.

<sup>92</sup> TAY SWEE K., Catherine, *Infectious Diseases Law & Sars*, Singapore, Times Editions, 2003, pp. 6-7.



### **2.2.2.3. Las enfermedades infecciosas “desatendidas” o “descuidadas”.–**

Apoyándonos nuevamente en la clasificación de la CMS, las enfermedades infecciosas de tipo II y de tipo III, a menudo se denominan enfermedades desatendidas y enfermedades muy desatendidas, respectivamente.

Cabe indicar que no existe una definición estandarizada a nivel global para las enfermedades desatendidas. Sin embargo, aprovecharemos la utilizada por el ex Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt, en sus “Directrices sobre derechos humanos para las empresas farmacéuticas en relación con el acceso a medicamentos”, donde señala que para los efectos de aquellas Directrices, “se entenderá por enfermedades desatendidas aquellas que afectan sobre todo a las personas que viven en la pobreza, especialmente en las zonas rurales de los países de ingresos bajos. En ocasiones se denominan enfermedades tropicales o relacionadas con la pobreza e incluyen, por ejemplo, la leishmaniasis, la oncocercosis (ceguera de los ríos), la enfermedad de Chagas, la lepra, la esquistosomiasis (bilharziasis), la filariasis linfática (elefantismo), la tripanosomiasis africana (enfermedad del sueño) y el dengue. Aunque en años recientes el VIH/SIDA, la tuberculosis y la malaria han recibido una atención y recursos crecientes, también pueden considerarse enfermedades desatendidas”<sup>93</sup>.

Por una parte, podemos identificar las enfermedades del tipo II, que afectan de manera desproporcionada a los países pobres, como el VIH/SIDA y la tuberculosis y también participa de muchas de estas características la malaria (ésta última se encuentra entre los tipos II y III), respecto de las cuales existen incentivos para la investigación y el desarrollo en los mercados de los países ricos, pero el nivel de los gastos en investigación y desarrollo a escala mundial no corresponde a la carga que representan las enfermedades. No obstante, se han incrementado notoriamente los esfuerzos respecto de estas tres enfermedades, especialmente en la última década. El Fondo Mundial de lucha contra el SIDA, la Tuberculosis y el Paludismo es un claro ejemplo de

---

<sup>93</sup> Documento de las Naciones Unidas A/63/263, de 11 de agosto de 2008, correspondiente al Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del nivel más alto posible de salud física y mental. Véase, en especial, la letra r) del Preámbulo del Anexo “Directrices sobre derechos humanos para las empresas farmacéuticas en relación con el acceso de medicamentos”, adjunto al Informe.

ello. Con todo, en el caso de las vacunas del SIDA, si bien se hallan en curso actividades considerables de investigación y desarrollo, pero no en la debida proporción con las necesidades mundiales ni en relación con las condiciones específicas que presenta la enfermedad en los países pobres.

En el caso de las enfermedades del tipo III, estas son las que se presentan abrumadora y exclusivamente en los países en desarrollo. De acuerdo a la OMS, “las denominadas enfermedades descuidadas forman un grupo porque afectan casi exclusivamente a las poblaciones pobres y sin poder que viven en las regiones rurales de las países de bajos ingresos. Si bien son causa de inmensos sufrimientos y de incapacidad a veces incurables, es poco frecuente que estas enfermedades causen la muerte y, por lo tanto, no reciben la atención ni la financiación de otras enfermedades de mortalidad elevada, como el SIDA, la tuberculosis o el paludismo. También están descuidadas en un segundo sentido. Puesto que se hallan limitadas a las poblaciones pobres, todas esas enfermedades han sufrido de la falta de incentivos para fabricar medicamentos y vacunas para mercados que no pueden pagarlos. Cuando existen medicamentos baratos y efectivos, la demanda se reduce debido a la incapacidad de pagar. Las enfermedades descuidadas imponen un enorme costo económico en términos de pérdidas de productividad y costos elevados de cuidado a largo plazo...Las enfermedades descuidadas pueden contribuir a que la próxima generación siga estancada en la pobreza...Las incapacidades causadas por la mayoría de estas enfermedades están asociadas con un gran estigma”<sup>94</sup>.

Aquí figurarían la oncocercosis (ceguera de los ríos) y la tripanosomiasis africana (enfermedad del sueño). También la leishmaniasis, la enfermedad de Chagas, la lepra, la esquistosomiasis (bilharziasis), la filariasis linfática (elefantismo), y el dengue.

Debido a la pobreza no funciona el mecanismo de mercado. Ello provoca que la carga de enfermedad es muy alta. De acuerdo a la OMS “los efectos de estas enfermedades descuidadas en la salud pueden medirse por las incapacidades y deformidades graves y permanentes que causan en casi 1.000 millones de personas. Su baja mortalidad, a pesar

---

<sup>94</sup> OMS, *Communicable Diseases 2002: Global Defence against the Infectious Disease Threat* (WHO/CDS/2003.15), Op. Cit., p. 96.

de la elevada morbilidad, las hace figurar al final de los cuadros de mortalidad y, en el paso, se les ha asignado escasa prioridad”<sup>95</sup>.

En definitiva, en la raíz del problema se encuentra la desigualdad de la investigación entre las enfermedades de los países en desarrollo y menos adelantados –enfermedades del tipo II y sobre todo del tipo III– y de los países desarrollados. Ya en 1990, la Comisión de Investigación y Desarrollo para la Salud señaló lo que llegó a conocerse como el desequilibrio 10/90: sólo un 10% de los gastos de la investigación y desarrollo se dirige a los problemas de la salud de un 90% de la población mundial.

Teniendo en cuenta las desigualdades existentes, la Asamblea Mundial de la Salud, en lo relativo al establecimiento de un orden de prioridad de las necesidades de investigación y desarrollo, ha expresado que “las políticas de investigación y desarrollo en el sector sanitario de los países desarrollados deben tener en cuenta adecuadamente las necesidades de los países en desarrollo en materia de salud. Es preciso identificar urgentemente las lagunas de investigación sobre las enfermedades de tipo II y de tipo III y sobre las necesidades específicas de los países en desarrollo por lo que respecta a investigación y desarrollo en relación con las enfermedades de tipo I. Una mejor comprensión de las necesidades de salud de los países en desarrollo, y de sus determinantes, es esencial para orientar una labor sostenible de investigación y desarrollo centrada tanto en productos nuevos como en los ya existentes”<sup>96</sup>.

### **2.2.3. La necesidad de participar de los beneficios del progreso científico.**

La lucha contra las enfermedades infecciosas depende de la colaboración internacional. Mientras algunas enfermedades infecciosas, como es el caso especialmente de las enfermedades de tipo II y de tipo III, sigan prosperando en los países en desarrollo, donde la capacidad de detección y respuesta es limitada, el consiguiente riesgo de que se propaguen a gran velocidad por todo el mundo siempre está presente. De la misma

---

<sup>95</sup> OMS, *Communicable Diseases 2002: Global Defence against the Infectious Disease Threat* (WHO/CDS/2003.15), Op. Cit., p. iv.

<sup>96</sup> Anexo “Estrategia Mundial sobre Salud Pública, Innovación y Propiedad Intelectual”, párrafo 25, adjunto a la resolución 61.21, de 2008, de la Asamblea Mundial de la Salud, sobre estrategia mundial y plan de acción sobre la innovación, salud pública y propiedad intelectual.

manera, existen otras enfermedades infecciosas, como es el caso especialmente de aquellas enfermedades de tipo I<sup>97</sup>, que afectan a una amplia población vulnerable en todo el mundo, tanto en países desarrollados como en desarrollo, y cuyos efectos más graves en términos de morbilidad y de mortalidad, los sufrirán aquellas personas, poblaciones y países que tengan los mayores obstáculos y dificultades para acceder a los productos sanitarios y a los beneficios de la innovación farmacéutica.

En ambas situaciones aludidas en el párrafo anterior, una decidida colaboración internacional es prioritaria para prevenir y controlar la propagación de las enfermedades infecciosas y tanta miseria y muerte humana que llevan aparejadas, teniendo presente que en la actualidad existen los medios necesarios para prevenir, controlar o tratar la mayoría de las enfermedades infecciosas.

De tal manera, en la lucha contra las enfermedades infecciosas se encuentra la necesidad prioritaria de que los beneficios del progreso científico sean gozados por todos. Cuando en pleno siglo XXI el riesgo constante de pandemias sigue representando una gran amenaza para la salud pública, la lucha contra las enfermedades infecciosas se transforma sin lugar a dudas en un tema de derechos humanos.

Atendido ello, la necesidad de gozar de los beneficios del progreso científico, aplicado al campo de la lucha contra las enfermedades infecciosas –y encontrarse amenazada la salud pública– exige, la primacía de los intereses sanitarios y vitales involucrados, por sobre cualquier otro tipo de intereses, sean estos comerciales o de otro tipo.

Resulta conveniente señalar que la faceta internacional de los sistemas sanitarios hallan su expresión en las responsabilidades que asumen los Estados en materia de asistencia y cooperación internacional en el ámbito de los derechos humanos. Puede verse el origen de esas responsabilidades en la Carta de las Naciones Unidas, en la Declaración

---

<sup>97</sup> En esta categoría se incluyen por cierto la gripe aviar, el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS) y la influenza humana, a las que alude tácitamente la OMS cuando se refiere a “las nuevas enfermedades que esporádicamente aparecen en las poblaciones humanas y que son a menudo el resultado de una ruptura de la barrera entre especies, que permite que microbios que infectan a los animales adquieran la capacidad también de infectar al ser humano, provocando brotes inesperados que pueden además propagarse a escala internacional” (OMS, *Un porvenir más seguro: protección de la salud pública mundial en el siglo XXI*, Informe sobre la salud en el mundo 2007, Ginebra, OMS, 2007, p. 6).

Universal de Derechos Humanos y en varias declaraciones y diversos tratados vinculantes internacionales más recientes sobre derechos humanos<sup>98</sup>. También se reflejan en los documentos finales de varias conferencias mundiales, como la Declaración del Milenio, así como en muchas otras iniciativas, entre ellas la Declaración de París sobre la eficacia de la Ayuda al Desarrollo: apropiación, armonización, alineación, resultados y mutua responsabilidad (2005)<sup>99</sup>.

Y por sus múltiples implicancias, adquiere interés y trascendencia en la lucha contra las enfermedades infecciosas por su estrecha vinculación con el ejercicio del derecho a la salud y a la vida, el derecho a gozar de los beneficios científicos y de sus aplicaciones, consagrado en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)<sup>100</sup>. En efecto, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones tiene por objeto asegurar que todos los miembros de la sociedad puedan disfrutar de los adelantos científicos, en especial los grupos desfavorecidos. Este derecho incluye el derecho de todos a buscar y recibir información sobre los adelantos resultantes de los nuevos conocimientos científicos y a tener acceso a cualquier novedad que pueda acrecentar el disfrute de los derechos contenidos en el Pacto.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –que le corresponde vigilar el cumplimiento por los Estados Parte de las obligaciones que les impone el PIDESC–, precisamente invoca, al tratar la propiedad intelectual, tanto las obligaciones que asumen los Estados Parte respecto al derecho a la salud (artículo 12 del PIDESC), como aquellas obligaciones que asumen relativo al derecho a gozar de los beneficios científicos y de sus aplicaciones (apartado b del párrafo 1 del artículo 15 del PIDESC),

---

<sup>98</sup> Véase SKOGLY, Sigrun, *Beyond National Borders: States' Human Rights Obligations in International Cooperation*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2006.

<sup>99</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/7/11, párrafo 60.

<sup>100</sup> Artículo 15 PIDESC: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y la cultura. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales”.

en calidad de freno a los intereses de carácter privado cuando vulneran los derechos fundamentales de grandes sectores de la población.

En efecto, el Comité PIDESC, en su Observación General N°17, de 2005, sobre el derecho de toda persona a beneficiarse de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor (contenido en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del PIDESC) enfatiza la necesidad de que los Estados Partes sean capaces de lograr un equilibrio adecuado entre los derechos previstos en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 y otros derechos previstos en el Pacto<sup>101</sup>, entre los cuales destaca el derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones (apartado b) del párrafo 1 del artículo 15 del PIDESC), y el derecho a la salud (artículo 12 PIDESC).

Enseguida, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprovecha la oportunidad para continuar dicho análisis, indicando que “los Estados Partes deberían cerciorarse de que sus regímenes legales de protección de la propiedad intelectual no menoscaben su capacidad para cumplir sus obligaciones fundamentales en relación con los derechos a la alimentación, la salud y la educación, así como a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, o de cualquier otro derecho reconocido en el Pacto”. Para continuar resaltando que “en definitiva, la propiedad intelectual es un producto social y tiene una función social”, y concluir que “los Estados tienen el deber de impedir que se impongan costos irrazonablemente elevados para el acceso a medicamentos esenciales...que menoscaben el derecho de grandes segmentos de la población a la salud”, y que “los Estados deben impedir el uso de los avances científicos y técnicos para fines contrarios a la dignidad y los derechos humanos, incluidos los derechos a la vida, la salud y la vida privada, por ejemplo excluyendo de la patentabilidad los inventos cuya comercialización pueda poner en peligro el pleno ejercicio de esos derechos”<sup>102</sup>.

---

<sup>101</sup> Véase la Observación General N°17, de 2005, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, nota al pie n.º16.

<sup>102</sup> Observación General N°17, de 2005, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párrafo 35.

Esto ciertamente tiene gran relevancia para la lucha contra las enfermedades infecciosas, como se ha adelantado en este capítulo<sup>103</sup>, y envuelve diferentes conflictos en que colisionan los intereses de las patentes farmacéuticas o incluso del mercado con la salud pública, y en general, intereses comerciales con intereses sanitarios vitales.

Por ello, en la lucha contra las enfermedades infecciosas, por constituir en esencia una amenaza global, sea real o latente, todos los Estados tienen la obligación de cooperar, y para ello, es importante concebirla en términos de bien público mundial. Los Estados de ingresos altos tienen además el deber de proporcionar asistencia internacional apropiada y ofrecer su cooperación en materia de salud a los países de bajos ingresos. En especial, deberían ayudar a los países de bajos ingresos a cumplir sus obligaciones fundamentales dimanantes del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Por su parte, los Estados de bajos ingresos tienen la responsabilidad de recabar ayuda y cooperación internacional apropiada que les ayude a fortalecer sus sistemas de salud<sup>104</sup>.

El gran desafío en la lucha contra las enfermedades infecciosas será lograr que las acciones y acuerdos internacionales conduzcan y faciliten la participación de los beneficios del progreso científico –principalmente los productos sanitarios y los logros de la innovación farmacéutica– por parte de las personas, poblaciones y países más desfavorecidos, lo que exige de soluciones e interpretaciones en que predominen los criterios de salud pública por sobre cualquier otro tipo de consideraciones.

### **2.3. La colaboración internacional en la lucha contra las enfermedades infecciosas: el Reglamento Sanitario Internacional.**

Como está claro, las enfermedades infecciosas no reconocen fronteras internacionales, y el proceso de globalización como ya se ha indicado previamente en este trabajo, al generar un incremento de los flujos de comercio, de migración y de información,

---

<sup>103</sup> Por ejemplo, la conveniencia y necesidad de que sean efectivamente aplicadas las flexibilidades ADPIC por parte de los países en desarrollo y los países menos adelantados; en el acceso a los medicamentos esenciales y a medicamentos genéricos más baratos versus los medicamentos patentados; o de que en los países de bajos ingresos, debido a la pobreza no funciona el mecanismo de mercado lo cual constituye un drama respecto de las enfermedades desatendidas y la ausencia de incentivos para desarrollar I+D respecto de ellas, por citar algunos temas esbozados en este capítulo.

<sup>104</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/7/11, párrafos 61-62.

acelera el traspaso, más allá de las fronteras, de las enfermedades infecciosas, las que representan, por ende, un desafío cada vez más complejo de enfrentar, que exige altos niveles de coordinación y colaboración internacional.

Utilizaremos la reciente pandemia de influenza humana AH1N1 como ejemplo ilustrativo. En febrero de 2009 se registran los primeros casos sospechosos en México, y las primeras confirmaciones se dieron en EE.UU. el 21 de abril y en México el 23 de abril. El 25 de abril, la Organización Mundial de la Salud declaró que se trataba de una emergencia de salud pública y ya el 27 de mayo de 2009 se habían confirmado 14.666 casos en 50 países<sup>105</sup>. Por su parte, el 24 de julio de 2009, Gregory Hartle, de la OMS, informaba que la pandemia se acercaba a una propagación total, ya que al menos 160 países o territorios sobre un total de 193 miembros habían confirmado casos<sup>106</sup>. Es decir, en un lapso de 5 meses esta enfermedad infecciosa literalmente se “globalizó”, lo que da cuenta de los riesgos que importan las emergencias de salud pública en la actualidad.

Ahora bien, sin perjuicio de la complejidad que la lucha contra las enfermedades infecciosas implican en la actualidad, éstas desde siempre han acechado a la humanidad y desde hace mucho tiempo han requerido de la colaboración internacional para hacerle frente. Ya a mediados del siglo XIX, muchos dirigentes europeos –en gran medida a causa de la pandemia de cólera de la época, la amenaza de la peste y la ineficacia de las medidas de cuarentena– comenzaron a reconocer que para controlar la propagación de las enfermedades infecciosas de un país a otro habían de cooperar entre sí. Ello dio inicio a la organización de convenciones internacionales y la firma de pactos, casi todos los cuales incluían normas de cuarentena<sup>107, 108</sup>.

---

<sup>105</sup> ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, “La situación actual de la gripe por A(H1N1)”, *Boletín de Inmunización*, vol. XXXI, n.º 3, p.1, junio de 2009.

<sup>106</sup> Diario *La Segunda*, Santiago, 24 de julio de 2009, “Gripe humana se acerca a la propagación total, según la OMS”, p. 65.

<sup>107</sup> KNOBLER, Stacey, MAHMOUD, Adel, LEMON, Stanley, PRAY, Lesley (Eds.), *The impact of globalization on infectious disease emergence and control: exploring the consequences and opportunities. Workshop summary – Forum on Microbial Threats*. Washington D.C., The National Academic Press, 2006.

<sup>108</sup> El Reglamento Sanitario Internacional (2005), en su artículo 1º define cuarentena, indicando que “significa la restricción de las actividades y/o la separación de los demás de personas que no están enfermas, pero respecto de las cuales se tienen sospechas, o de equipajes, contenedores, medios de transporte o mercancías sospechosos, de forma tal que se prevenga la posible propagación de la infección o contaminación”.



Con todo, actualmente su amenaza está más latente que nunca, y se encuentran en primer plano de las prioridades de salud e incluso de seguridad internacional. De hecho, el Informe de Salud de la OMS correspondiente al año 2007 se denomina “Un porvenir más seguro. Protección de la salud pública mundial en el siglo XXI”, y ocupa un rol central en el análisis los brotes de las enfermedades infecciosas y las epidemias, casi como anticipando la llegada de la pandemia del virus AH1N1 que el 2009 afectó al mundo entero.

### **La lucha contra las enfermedades infecciosas en Europa.–**

Aprovecharemos este momento para referiremos brevemente al caso europeo en materia de enfermedades infecciosas –previo a entrar en esta parte del trabajo a revisar la colaboración internacional a nivel mundial–, toda vez que, desde 1998 a la fecha, han existido diversas iniciativas que demuestran la preocupación en este ámbito y la plena vigencia que despierta el riesgo epidémico.

En efecto, en 1998 la Comunidad Europea montó la Red de Vigilancia Epidemiológica y de Control de las Enfermedades Transmisibles, establecida mediante la Decisión 2119/98/CE<sup>109</sup>, que se basa en las labores realizadas con los Estados miembros, que bajo su responsabilidad, se encargan de recoger la información relativa a la vigilancia epidemiológica. La Red tiene dos componentes principales<sup>110</sup>: un sistema que une la vigilancia epidemiológica que efectúan los respectivos institutos nacionales sobre una lista específica de enfermedades de declaración obligatoria y otro, de respuesta y alerta temprana diseñada para alertar a las autoridades sanitarias de los Estados miembros de la Unión Europea de brotes infecciosos de alcance multinacional.

Luego, según destaca Carmen Rodríguez<sup>111</sup>, los ministros europeos de Sanidad, en 2003, apoyaron la creación de un nuevo Centro ante los riesgos que representan las enfermedades transmisibles, preocupados en cuanto que la Red no lograba en el ámbito comunitario, satisfacer las expectativas cifradas en la lucha contra algunas

---

<sup>109</sup> Decisión 2119/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de septiembre de 1998. DO L 268/1, de 3 de octubre de 1998.

<sup>110</sup> RODRIGUEZ M., Carmen, Op. Cit., p. 91.

<sup>111</sup> RODRIGUEZ M., Carmen, Op. Cit., p. 92.

enfermedades infecciosas, tales como el bioterrorismo, la gripe aviar o el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS), naciendo de tal modo el Centro Europeo de Control y prevención de enfermedades<sup>112</sup>, cuya misión consiste precisamente en identificar, evaluar y comunicar amenazas actuales y emergentes para la salud humana por causa de enfermedades transmisibles. Y para ello, se dota al Centro de facultades y capacidades para que éste actúe por iniciativa propia –en el caso de brotes de enfermedades de origen desconocido– hasta determinar la fuente del brote.

Esto demuestra la sensibilidad que existe en Europa por la lucha contra las enfermedades infecciosas y sirve de preámbulo introductorio para referirnos a la atención que recibe esta lucha a nivel mundial. No por nada, el año 2005 se revisó y actualizó el Reglamento Sanitario Internacional, que tiene por finalidad y alcance prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una respuesta de salud pública proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública.

### **2.3.1. El Reglamento Sanitario Internacional (2005)<sup>113</sup>.**

El Reglamento Sanitario Internacional, en adelante RSI, constituye el instrumento neurálgico de la lucha contra la propagación internacional de enfermedades, que tiene por finalidad y alcance “prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una respuesta de salud pública proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública y evitando al mismo tiempo las interferencias innecesarias con el tráfico y el comercio internacionales”<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> Reglamento (CE) N°851/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, que crea un Centro Europeo para la Prevención y el Control de las Enfermedades, DO L 142, de 30 de abril de 2004.

<sup>113</sup> El Reglamento Sanitario Internacional (RSI)-2005 sustituye al RSI que había estado vigente desde 1969, con leves modificaciones efectuadas en 1973 y 1981. Entra en vigor el 15 de junio de 2007, dos años después de que fuera adoptado en la 58ª Asamblea Mundial de la Salud (AMS), celebrada en Ginebra en mayo de 2005, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 59 (“Entrada en vigor; plazo para la recusación o la formulación de reservas”) del RSI.

<sup>114</sup> Artículo 2 del Reglamento Sanitario Internacional (2005).

El RSI es un instrumento jurídico internacional de carácter vinculante<sup>115</sup> para 194 países, entre ellos todos los Estados Miembros de la OMS. Tiene por objeto ayudar a la comunidad internacional a prevenir y afrontar riesgos agudos de salud pública susceptibles de atravesar fronteras y amenazar a poblaciones de todo el mundo. Según constata Germán Velásquez, el Reglamento Sanitario Internacional, junto con la Convención sobre el Tabaco, constituyen mecanismos de carácter obligatorio desarrollados por la OMS<sup>116</sup>.

Se dicta en ejercicio de la función asignada a la OMS contemplada en el artículo 2 letra k) del estatuto de Constitución de la OMS, de proponer reglamentos referentes a asuntos de salubridad internacional. El RSI se adopta en virtud de la autoridad que detenta la Asamblea Mundial de la Salud de la OMS para adoptar reglamentos referentes a los requisitos sanitarios y de cuarentena y otros procedimientos destinados a prevenir la propagación internacional de enfermedades<sup>117</sup>.

La aplicación del RSI<sup>118</sup> se debe realizar con pleno respeto de la dignidad, los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas y se debe inspirar en la Carta de las Naciones Unidas, la Constitución de la OMS y en la meta de su aplicación universal para la protección de todos los pueblos del mundo frente a la propagación internacional de enfermedades. Asimismo, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas y los principios del derecho internacional, los Estados tienen el derecho soberano de legislar y aplicar leyes en cumplimiento de sus políticas de salud. Al hacerlo, respetarán la finalidad del presente Reglamento.

### **2.3.1.1. Antecedentes del RSI.–**

El RSI representó la primera iniciativa multilateral para desarrollar un marco de referencia efectivo para la prevención de la transmisión transfronteriza de

---

<sup>115</sup> Véase MINGUEZ Gonzalo, Miguel, “El “Nuevo Reglamento Sanitario Internacional” – RSI (2005)”, *Rev Esp Salud Pública*; vol. 81, n.º3, pp. 239-246, 2007, p. 241. El autor define al RSI en este aspecto como “un instrumento jurídico internacional sobre salud pública (es decir, jurídicamente vinculante para todos los Estados parte de la OMS), cuya finalidad es prevenir la propagación internacional de enfermedades...”.

<sup>116</sup> VELASQUEZ, G., “Acceso a medicamentos en perspectiva global: retos, respuestas y derechos”, Op. Cit., p. 39.

<sup>117</sup> Artículo 21 letra a), de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

<sup>118</sup> Artículo 3 del Reglamento Sanitario Internacional (2005).

enfermedades. El objetivo del RSI es armonizar la salud pública, el comercio y el tráfico, y hoy sigue siendo el único reglamento de carácter obligatorio para la vigilancia mundial de enfermedades infecciosas por los Estados Miembros de la Organización Mundial de la Salud (OMS).

El RSI fue adoptado por la Asamblea Mundial de la Salud en 1969, con el precedente del Reglamento Sanitario Internacional (International Sanitary Regulations) adoptado por la Cuarta Asamblea Mundial de la Salud en 1951. El RSI de 1969, que inicialmente abarcaba seis “enfermedades cuarentenables”<sup>119</sup>, fue modificado en 1973 y 1981, fundamentalmente para reducir de seis a tres el número de enfermedades comprendidas (fiebre amarilla, peste y cólera) y para reflejar la erradicación mundial de la viruela.

Pero desde entonces se habían producido acelerados cambios en el mundo que han generando importantes consecuencias en la salud pública, y que por cierto, repercute directamente en la lucha contra las enfermedades infecciosas y dispara las oportunidades de los agentes infecciosos para propagarse rápidamente de un país a otro. De hecho, surgen nuevas enfermedades al ritmo, sin precedentes, de una por año<sup>120</sup>. De acuerdo con la OMS, el crecimiento demográfico, la incursión en zonas antes deshabitadas, la rápida urbanización, las prácticas agrícolas intensivas, el deterioro del medio ambiente y el mal uso de los antimicrobianos han alterado el equilibrio del mundo de los microorganismos. A ello se debe agregar el incremento sostenido del comercio y el “tráfico internacional”, comprendido por el movimiento de viajeros, equipajes, cargas, contenedores, medios de transporte, mercancías o paquetes postales a través de las fronteras internacionales. Por ejemplo, las compañías aéreas transportan hoy a más de 2 mil millones de pasajeros cada año.

---

<sup>119</sup> Cólera, peste, fiebre recurrente, viruela, tifus y fiebre amarilla.

<sup>120</sup> Ejemplos de algunas de estas enfermedades infecciosas nuevas son la gripe aviar, el síndrome respiratorio agudo severo (SRAS), y la reciente pandemia de influenza humana AH1N1, que se han mencionado reiteradamente en este trabajo. Otros ejemplos son la fiebre hemorrágica del Ébola, la fiebre hemorrágica de Marburgo y la enfermedad debida al virus de Nipah, que corresponden a virosis emergentes que representan amenazas para la seguridad sanitaria mundial y se caracterizan por su carácter agudo y por su morbilidad, lo que hace especialmente necesario que se las contenga en su origen. Existen muchas más. Una visión didáctica y ilustrativa sobre estos virus que han irrumpido en el planeta en el último tiempo se encuentra contenido en: QUAMMEN, David, “Contacto letal”, *National Geographic (en español)*, pp. 2-29, junio 2009.

De tal modo, mucho más que antes, se da la posibilidad que enfermedades existentes en partes aún remotas del mundo se propaguen a otras áreas con inusitada rapidez. Precisamente para abordar la amenaza que representaba el incremento sustancial de los viajes internacionales y el potencial de difusión rápida de las enfermedades infecciosas, especialmente por el transporte aéreo, la Asamblea Mundial de la Salud (AMS) solicitó la revisión del RSI en la resolución WHA 48.7, en 1995, dando inicio al proceso que concluyó con la adopción del actual RSI.

#### **2.3.1.2. El proceso de revisión del RSI.–**

Por tanto, la necesidad de introducir importantes modificaciones al RSI venía siendo una prioridad sanitaria a nivel internacional, precisamente por la irrupción de nuevas y peligrosas enfermedades infecciosas –en circunstancias que el RSI previo al adoptado el 2005 ayudaba a vigilar y controlar sólo tres enfermedades graves (fiebre amarilla, peste y cólera) consideradas de gran potencial de propagación entre los países, respecto de las cuales los Estados miembros debían notificar a la OMS cada caso individual registrado en su territorio– y las amenazas que éstas representan para la seguridad sanitaria mundial, no solo por la aparición natural o la liberación accidental de agentes biológicos que afectan la salud, sino que también por los temores a un posible uso deliberado de agentes biológicos<sup>121</sup>.

De tal manera, la necesidad de un nuevo RSI, adecuado a los nuevos riesgos y problemáticas que genera la propagación internacional de enfermedades en el mundo, fue materia de análisis y revisión en la Asamblea Mundial de la Salud ya desde 1995, e incluso había recibido la atención de la propia Asamblea General de las Naciones Unidas.

Todo ello consta en las resoluciones de la Asamblea Mundial de la Salud WHA48.7, de 1995, sobre revisión y actualización del RSI; WHA54.14, sobre seguridad sanitaria mundial: alerta y respuesta ante epidemias; WHA55.16, sobre respuesta mundial de salud pública a la aparición natural, la liberación accidental o el uso deliberado de agentes biológicos y químicos o de material radionuclear que afecten a la salud;

---

<sup>121</sup> ALLARD, R., “Virus de Influenza Humana: un enfoque multidimensional” [en línea], El Mostrador.cl, 15 de mayo de 2009, [www.elmostrador.cl](http://www.elmostrador.cl) (visitado el 22 de mayo de 2009).

WHA56.28, sobre revisión del RSI, y WHA56.29, sobre el síndrome respiratorio agudo severo (SARS), con miras a responder a la necesidad de velar por la salud pública mundial; y asimismo consta en la resolución 58/3, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, sobre el fortalecimiento de la creación de capacidad en el ámbito de la salud pública mundial, en la que se subraya la importancia del RSI y se insta a asignar alta prioridad a su revisión.

A inicios del año 2003, la OMS indicaba que el enfoque de la revisión se basaba en tres principios específicos<sup>122</sup>:

Primero, y de carácter fundamental, asegurar que todos los riesgos para la salud pública (principalmente los de origen infeccioso) que son de importancia internacional urgente, sean reportados de acuerdo al RSI. Para ello se propuso ampliar el alcance de los eventos a ser reportados para incluir todas las emergencias de salud pública de importancia internacional y establecer los criterios específicos para que un evento sea definido como una emergencia de salud pública de importancia internacional. Unido a la necesidad de crear un enlace bien definido entre lo reportado y los mecanismos de acción establecidos.

Segundo, evitar la estigmatización y el impacto negativo innecesario sobre los viajes y el comercio y los reportes inválidos de fuentes que no sean la oficial de los Estados Miembros, lo que puede traer graves consecuencias económicas para los países. Para ello, se propuso designar un Punto Focal Nacional para facilitar el mayor flujo de información entre la OMS y los diferentes niveles nacionales en ambas direcciones, capaz de: manejar la vigilancia internacional y las demandas de respuesta; asesorar a los funcionarios de salud de alto nivel con respecto a la notificación a la OMS y la ejecución de las medidas recomendadas por la OMS, la distribución de información y la coordinación de la recolección de información de varias áreas clave a nivel nacional; y finalmente, actuar como el recurso técnico de coordinación durante los procesos de revisión e implementación del RSI.

---

<sup>122</sup> OMS. *Resolution of the Executive Board of the WHO. Revision of the International Health Regulations* (EB111.R13), Ginebra, OMS, enero de 2003.

Y tercero, asegurar que el sistema sea lo suficientemente sensible para detectar eventos de salud pública nuevos o reemergentes. Para ello se proponía definir e incluir en el RSI las capacidades básicas para la vigilancia y respuesta requeridas en los países, incluyendo en los puntos de entrada. Para que los eventos nacionales urgentes se detecten tempranamente, cada país requeriría un sistema de vigilancia que pueda informar sobre eventos raros e inesperados desde la periferia al centro en un tiempo muy corto, incluida la capacidad para analizar rápidamente esos datos.

### **2.3.1.3. Nuevo sistema de vigilancia mundial de enfermedades de RSI (2005).**

Los importantes cambios que se introdujeron recientemente al sistema mundial de vigilancia de enfermedades contemplados en el RSI revelan la actual vigencia de la lucha contra las enfermedades infecciosas a nivel mundial y las nuevas amenazas y riesgos que representan estas enfermedades, que unido con el sostenido incremento del tráfico y comercio internacional exigen, hoy más que nunca, de la intensificación de la colaboración internacional para prevenir y controlar la propagación de enfermedades infecciosas.

La vigencia de la lucha contra las enfermedades infecciosas ha provocado la necesidad de que la comunidad internacional se dote de un sistema de vigilancia mundial de enfermedades revisado, contenido en el RSI (2005) que entró en vigor recién el 15 de junio de 2007.

En definitiva, el RSI (2005) presenta una serie de novedades, importantes en la colaboración internacional para la lucha contra las enfermedades infecciosas, entre las que destacan<sup>123</sup>:

- a) un alcance que no se limita a tal o cual enfermedad o modalidad de transmisión en concreto, sino que abarca “toda dolencia o afección médica, cualquiera sea su origen o procedencia, que entrañe o pueda entrañar un daño importante para el ser humano”<sup>124</sup>.
- b) la obligación de los Estados Partes de instalar un mínimo de capacidades básicas en materia de salud pública;

---

<sup>123</sup> OMS, *Reglamento Sanitario Internacional (2005)*. Segunda Edición, Ginebra, OMS, 2008, pp. vii-viii.

<sup>124</sup> Así define el RSI (2005), en su artículo 1, el concepto de enfermedad.

- c) la obligación de los Estados Partes de notificar a la OMS los eventos que puedan constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional de acuerdo con criterios definidos;
- d) disposiciones que autorizan a la OMS a tomar en consideración las noticias oficiales acerca de eventos de salud pública y solicitar a los Estados Partes la verificación de esos eventos;
- e) procedimientos para que el Director General determine la existencia de una “emergencia de salud pública de importancia internacional” y formule las recomendaciones temporales correspondientes después de haber tenido en cuenta la opinión de un Comité de Emergencias;
- f) la protección de los derechos humanos de los viajeros y otras personas; y
- g) el establecimiento de Centros Nacionales de Enlace para el RSI y Puntos de Contacto de la OMS para el RSI encargados de tramitar las comunicaciones urgentes entre los Estados Partes y la OMS;

Por tanto, observaremos a continuación los principales elementos recogidos en el RSI (2005), que integran la regulación del nuevo sistema de vigilancia mundial de enfermedades infecciosas.

#### **2.3.1.3.1. Emergencia de salud pública de importancia internacional.–**

El RSI define lo que se entiende por “emergencia de salud pública de importancia internacional” en su artículo 1º como aquella que “significa un evento extraordinario que, de conformidad con el presente Reglamento, se ha determinado que:

- i) constituye un riesgo para la salud pública de otros Estados a causa de la propagación internacional de una enfermedad, y
- ii) podría exigir una respuesta internacional coordinada”.

En la aplicación del RSI –y relevante para comprender adecuadamente lo que se entiende por emergencia de salud pública de importancia internacional–, “evento” significa la manifestación de una enfermedad o un suceso potencialmente patógeno<sup>125</sup>, y

---

<sup>125</sup> Un patógeno es esencial para comprender la naturaleza de las enfermedades infecciosas. La enfermedad infecciosa se produce por una infección de un patógeno, que corresponde a un



“riesgo para la salud pública” significa la probabilidad que se produzca un evento que puede afectar adversamente a la salud de las poblaciones humanas, considerando en particular la posibilidad de que se propague internacionalmente o pueda suponer un peligro grave y directo. Ambas se encuentran definidas en el artículo 1º del RSI.

De esta manera, el RSI (2005) aumentó notoriamente su ámbito de actuación<sup>126</sup>. Al no limitar la aplicación del RSI (2005) a enfermedades determinadas, se pretende que el Reglamento mantenga su pertinencia y aplicabilidad durante muchos años, aun frente a la evolución continua de las enfermedades y de los factores que determinan su aparición y transmisión.

Para determinar si el evento constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional (artículo 12), el Director General de la OMS debe tomar en consideración los siguientes elementos:

- a) la información proporcionada por el Estado Parte;
- b) el instrumento de decisión a que hace referencia el anexo 2 del RSI (2005) y que se detallará próximamente al tratar los criterios que debe cumplir el evento;
- c) la opinión del Comité de Emergencias;
- d) los principios científicos así como las pruebas científicas disponibles y otras informaciones pertinentes; y

---

microorganismo que puede causar o propagar enfermedades. Ejemplos de patógenos son, entre otros, los virus, bacterias, protozoarios, priones, hongos y gusanos. Los virus (Ejs.: hanta, Sars, viruela del simio, rabia, Ébola, virus del Oeste del Nilo, machupo, dengue, fiebre amarilla, junin, nipah, hendía, influenza, VIH/SIDA, etc.) son los más problemáticos. Evolucionan rápidamente, no responden a los antibióticos, pueden esconderse, ser versátiles, tener altísimos índices de mortalidad y son muy simples, al menos en comparación con otros seres vivos o cuasivivos.

<sup>126</sup> Respecto de la aplicación del nuevo RSI (2005), Mario Mínguez Gonzalo, destaca: “En cuanto a su ámbito de actuación, un aspecto fundamental es que ya no sólo se habla de enfermedades infecciosas transmisibles sino de “emergencias de salud pública de importancia internacional” sea cual sea la causa u origen (infecciosas, químicos, radioactivos, etc.), espontáneas o provocadas, de carácter grave, imprevisto o inusitado, que traspasen fronteras y se propaguen internacionalmente y puedan tener repercusiones para el comercio internacional o riesgo significativo de restricciones a los viajes internacionales, pudiendo ocasionar graves consecuencias económicas para los países, teniendo en cuenta asimismo la existencia de nuevos riesgos y amenazas para la salud derivados del posible uso deliberado de agentes con propósitos terroristas y conscientes de la amenaza adicional que entraña el aumento sustancial del comercio y los viajes internacionales, que suponen mayores oportunidades para la aparición y propagación de enfermedades” (MINGUEZ Gonzalo, Mario, Op. Cit., p. 242).

e) una evaluación del riesgo para la salud humana, del riesgo de propagación internacional de la enfermedad y del riesgo de trabas para el tráfico internacional.

Previo a dicha determinación, el nuevo RSI se encarga de precisar los criterios (Anexo 2 del RSI – 2005) y el procedimiento (artículo 49) a que se debe sujetar la evaluación de un evento en orden a ser considerado una emergencia de salud pública de importancia internacional.

### **Criterios que debe cumplir un evento.–**

Para que un evento se considere como una emergencia de salud pública de importancia internacional, el evento debe cumplir al menos dos (2) de los cuatro (4) criterios específicos que contempla el Anexo 2 “Instrumento de decisión para la evaluación y notificación de eventos que puedan constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional” del RSI (2005):

1. Gravedad de repercusión del evento en salud pública: Un evento de salud produce un aumento anormal del número de casos (aumento de la tasa de incidencia de la enfermedad) y/o del número de defunciones (letalidad de la enfermedad) relacionado con este tipo de evento en el lugar, el momento o la población de que se trata<sup>127</sup>.

2. Carácter inusitado<sup>128</sup> (raro) o imprevisto<sup>129</sup> (inesperado) del evento: Un evento de salud visto por primera vez (emergente) o un evento conocido mostrando un comportamiento anormal desde una perspectiva de salud pública.

---

<sup>127</sup> El Anexo 2 del RSI (2005) presenta a título indicativo, los siguientes ejemplos de circunstancias que contribuyen a que la repercusión en la salud pública sea grande: i) evento causado por un patógeno con grandes posibilidades de provocar epidemias (infecciosidad del agente, letalidad elevada, múltiples vías de transmisión o portador sano); ii) indicación de fracaso del tratamiento (resistencia a los antibióticos nueva o emergente, ineficacia de la vacuna, resistencia al antídoto, ineficacia del antídoto); iii) el evento constituye un riesgo significativo para la salud pública aún cuando se hayan observado muy pocos casos humanos o ninguno; iv) casos notificados entre el personal de salud; v) la población en riesgo es especialmente vulnerable (refugiados, bajo nivel de inmunización, niños, ancianos, inmunidad baja, desnutridos, etc.); vi) factores concomitantes que pueden dificultar o retrasar la respuesta de salud pública (catástrofes naturales, conflictos armados, condiciones meteorológicas desfavorables, focos múltiples en el Estado Parte); vii) evento en una zona con gran densidad de población; viii) dispersión de materiales tóxicos, infecciosos, o peligrosos por alguna otra razón, de origen natural u otro, que hayan contaminado o tengan posibilidades de examinar una población y/o una extensa zona geográfica.

<sup>128</sup> El Anexo 2 presenta a título indicativo los siguientes ejemplos de eventos inusitados: i) El evento es causado por un agente desconocido, o bien la fuente, el vehículo o la vía de transmisión son inusitados o desconocidos; ii) la evolución de los casos (incluida la morbilidad o la letalidad) es más grave de lo

3. Existencia de un riesgo significativo de propagación internacional<sup>130</sup>.

4. Existencia de un riesgo significativo de restricciones internacionales a los viajes o al comercio.

Si los Estados Partes de la OMS evalúan que el evento que se produce en su territorio – valiéndose del instrumento de decisión a que hace referencia el anexo 2– satisface dos de los cuatro criterios anteriores, deberán cursar una notificación a la OMS, con arreglo al artículo 6 del RSI (2005).

De tal manera, a cada Estado Parte le corresponde notificar a la OMS por el medio de comunicación más eficiente que disponga, y antes de que transcurran 24 horas desde que se haya evaluado la información concerniente a la salud pública, todos los eventos que ocurran en su territorio y que puedan constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional de conformidad con el instrumento de decisión, así como toda medida sanitaria<sup>131</sup> aplicada en respuesta a esos eventos. Asimismo, una vez cursada la notificación, el Estado Parte seguirá comunicando a la OMS información oportuna, exacta y suficientemente detallada sobre la salud pública de que disponga relativa al evento notificado, con inclusión, en lo posible, de definiciones de los casos, resultados de laboratorio, origen y tipo de riesgo, número de casos y defunciones, condiciones que influyen en la propagación de la enfermedad y las medidas sanitarias aplicadas; y notificará, cuando sea necesario, las dificultades surgidas y el apoyo necesario en la respuesta a la posible emergencia de salud pública de importancia internacional.

---

previsto o presenta síntomas no habituales; iii) la manifestación del evento mismo resulta inusual para la zona, la estación o la población;

<sup>129</sup> El Anexo 2 presenta a título indicativo el siguiente ejemplo de evento imprevisto: evento causado por una enfermedad o un agente ya eliminado o erradicado del Estado Parte o no notificado anteriormente.

<sup>130</sup> El Anexo 2 presenta a título indicativo los siguientes ejemplos de circunstancias que pueden predisponer para la propagación internacional: i) cuando hay pruebas de propagación local, un caso índice (u otros casos relacionados) con antecedentes en el curso del mes anterior de: - viaje internacional (o lapso equivalente al período de incubación si se conoce el patógeno); - participación en una reunión internacional (peregrinación, acontecimiento deportivo, conferencia, etc.); - estrecho contacto con un viajero internacional o una población muy móvil; ii) evento causado por una contaminación ambiental que puede traspasar las fronteras internacionales; iii) evento ocurrido en una zona de intenso tráfico internacional con limitada capacidad de control sanitario o de detección o descontaminación ambiental.

<sup>131</sup> El Reglamento Sanitario Internacional (2005), en su artículo 1º define medida sanitaria, indicando que “significa todo procedimiento aplicado para prevenir la propagación de enfermedades o contaminación; una medida sanitaria no comprende medidas de policía ni de seguridad del Estado”.

Con todo, de acuerdo con el Anexo 2, un solo caso de alguna de las enfermedades infecciosas siguientes es inusitado e imprevisto y puede tener repercusiones de salud pública graves, y por consiguiente se notificará: viruela, poliomelitis por poliovirus salvaje, gripe humana causada por un nuevo subtipo de virus<sup>132</sup>, síndrome respiratorio agudo severo (SRAS).

Asimismo, de acuerdo con el RSI (2005), el instrumento de decisión contemplado en el Anexo 2 se aplicará siempre para todo evento en el que intervengan las siguientes enfermedades infecciosas (pues se ha demostrado que pueden tener repercusiones de salud pública graves y se pueden propagar internacionalmente con rapidez): cólera, peste neumónica, fiebre amarilla, fiebres hemorrágicas virales (del Ebola, de Lassa, de Marburgo), fiebre del Nilo Occidental, y otras enfermedades de especial importancia nacional o regional (por ej.: dengue, fiebre del Valle del Rift, y enfermedad meningocócica).

**Procedimiento previsto por el RSI en caso de que Estado Parte notifique a OMS de la ocurrencia de un evento en su territorio.–**

En caso de que un Estado Parte notifique a la OMS acerca de la ocurrencia de un evento en su territorio, el Director General de la OMS convocará las reuniones del Comité de Emergencias –cuyo mandato<sup>133</sup> y composición se encuentra contemplado en el Título IX del RSI (2005)–, seleccionando a algunos expertos entre aquellos a que se hace referencia en el párrafo 2 del artículo 48 y facilitará al Comité de Emergencias el orden del día y toda la información pertinente al evento, inclusive las informaciones proporcionadas por los Estados Partes, así como las recomendaciones temporales<sup>134</sup>

---

<sup>132</sup> Ejemplo de esto es el virus de influenza humana AH1N1.

<sup>133</sup> Al Comité de Emergencias le corresponde –a petición del Director General de la OMS–, asesorar al Director General de la OMS, sobre lo siguiente: a) si un evento constituye una emergencia de salud pública de importancia internacional; b) si procede declarar concluida una emergencia de salud pública de importancia internacional; y c) si procede formular, modificar, prorrogar o anular una recomendación temporal.

<sup>134</sup> El Reglamento Sanitario Internacional (2005), en su artículo 1 define recomendación temporal, indicando que “significa la opinión no vinculante que emite la OMS conforme al artículo 15 con respecto a las medidas sanitarias apropiadas que es preciso aplicar, de forma temporal y según cada riesgo concreto, en respuesta a una emergencia de salud pública de importancia internacional, de manera que permita prevenir o reducir la propagación internacional de una enfermedad con un mínimo de trabas para el tráfico internacional”. Cabe indicar que las recomendaciones temporales podrán incluir las medidas sanitarias que habrá de aplicar el Estado Parte en que ocurra esta emergencia de salud pública de

cuya formulación proponga el Director General de la OMS (artículo 49 numerales 1 y 2).

Luego, el Director General de la OMS invitará al Estado Parte en cuyo territorio ocurre el evento, a fin de exponer sus opiniones al Comité de Emergencias y, para tal efecto, le notificará las fechas y el orden del día de la reunión del Comité de Emergencias con la mayor antelación posible. El Estado de que se trate, no podrá pedir un aplazamiento de la reunión del Comité de Emergencias con el fin de exponerle sus opiniones. Cabe indicar que la opinión que se forme el Comité de Emergencias será transmitida al Director General de la OMS para su examen, el cual resolverá en última instancia sobre esos asuntos (artículo 49 numerales 3, 4 y 5).

Por último, el Director General de la OMS comunicará a los Estados Partes la aparición y la conclusión de una emergencia de salud pública de importancia internacional, todas las medidas sanitarias adoptadas por el Estado Parte de que se trate, y todas las recomendaciones temporales, así como las modificaciones, prórrogas o la anulación de esas recomendaciones, junto con la opinión del Comité de Emergencias. El Director General de la OMS informará a los operadores de medios de transporte, por conducto de los Estados Partes, y a los organismos internacionales pertinentes de esas recomendaciones temporales, inclusive su modificación, prórroga o anulación. Subsiguientemente, el Director General pondrá a disposición del público en general esa información y las recomendaciones. Por su parte, los Estados Partes en cuyo territorio ocurre el evento podrán proponer al Director General que anule la declaración de emergencia de salud pública de importancia internacional y/o las recomendaciones temporales, y podrán realizar con ese fin una presentación ante el Comité de Emergencias (artículo 49 numerales 6 y 7).

#### **2.3.1.3.2. Establecimiento por Estados Partes de un Centro Nacional de Enlace.–**

Para el nuevo RSI se concibió la creación o designación por cada Estado Parte de un Punto Focal Nacional que facilitara el mayor flujo de información entre la OMS y los diferentes niveles nacionales, de manera de evitar los reportes inválidos de fuentes que

---

importancia internacional, u otros Estados Partes, a las personas, equipajes, cargas, contenedores, medios de transporte, mercancías, y/o paquetes postales a fin de prevenir o reducir la propagación internacional de una enfermedad con un mínimo de trabas para el tráfico internacional.

no sean la oficial de los Estados Miembros, y que, de paso, pueden provocar graves consecuencias económicas para los países.

Por ello, integra el nuevo sistema de vigilancia mundial de enfermedades contemplado en el RSI (2005), y es clave en su desarrollo y estructura, el “Centro Nacional de Enlace para el RSI”<sup>135</sup> que cada Estado Parte debe crear o designar, el que deberá poder recibir en todo momento las comunicaciones del “Punto de Contacto de la OMS para el RSI”<sup>136</sup>.

**Autoridades responsables de la aplicación de medidas sanitarias.**— Cada Estado Parte debe designar o establecer un Centro Nacional de Enlace para el RSI, así como a las autoridades responsables, dentro de su respectiva jurisdicción, de la aplicación de medidas sanitarias de conformidad con el RSI. Los Centros Nacionales de Enlace para el RSI deberán poder recibir en todo momento las comunicaciones de los Puntos de Contacto de la OMS para el RSI. En aplicación del artículo 4 numeral 2 del RSI (2005) las funciones de los Centros Nacionales de Enlace para el RSI incluyen:

i) la de enviar a los Puntos de Contacto de la OMS para el RSI, en nombre del Estado Parte de que se trate, comunicaciones urgentes relativas a la aplicación del presente Reglamento, en particular las previstas en los artículos 6 a 12. De tal manera, este Centro debe tener la capacidad de coordinar el análisis de los riesgos de salud pública nacionales atendiendo a las repercusiones internacionales, notificación a la OMS en la forma y plazos requeridos y la aplicación de las recomendaciones de ésta<sup>137</sup>, y

---

<sup>135</sup> El Reglamento Sanitario Internacional (2005), en su artículo 1 define el Centro Nacional de Enlace para el RSI, indicando que “significa el centro nacional, designado por cada Estado Parte, con el que se podrá establecer contacto en todo momento para recibir las comunicaciones de los Puntos de Contacto de la OMS para el RSI previstos en el Reglamento”.

<sup>136</sup> El Reglamento Sanitario Internacional (2005), en su artículo 1 define el Punto de Contacto de la OMS para el RSI, indicando que “significa la unidad de la OMS con la que se podrá establecer contacto en cualquier momento para la comunicación con los Centros Nacionales de Enlace para el RSI”.

<sup>137</sup> Las recomendaciones de la OMS pueden ser temporales o permanentes. Previamente se abordaron las recomendaciones temporales de la OMS. Por su parte, las recomendaciones permanentes, en aplicación del artículo 1 del RSI (2005), “significa la opinión no vinculante con respecto a determinados riesgos continuos para la salud pública que emite la OMS conforme al artículo 16 sobre las medidas sanitarias apropiadas, de aplicación ordinaria o periódica, que es preciso adoptar a fin de prevenir o reducir la propagación internacional de una enfermedad con un mínimo de trabas para el tráfico internacional”. Cabe indicar que las recomendaciones permanentes podrán incluir las medidas sanitarias que podrán ser aplicadas por los Estados Partes a las personas, equipajes, cargas, contenedores, medios de transporte,

ii) difundir información a las unidades pertinentes de la administración del Estado Parte de que se trate, incluidas las responsables de la vigilancia<sup>138</sup> y la presentación de informes, los puntos de entrada, los servicios de salud pública, los dispensarios y hospitales y otros departamentos del gobierno como agricultura y aduanas, y recibir información de ellas.

En España<sup>139</sup>, el Ministerio de Sanidad y Consumo designó a la Dirección General de Salud Pública como autoridad sanitaria para actuar como Centro de Enlace con la OMS.

**Puntos de Contacto para el RSI.**– Por su parte, a la OMS le corresponde designar los Puntos de Contacto para el RSI, que enviarán las comunicaciones urgentes relativas a la aplicación del presente Reglamento, en particular las previstas en los artículos 6 a 12, a los Centros Nacionales de Enlace para el RSI de los Estados Partes de que se trate. Los Puntos de Contacto de la OMS para el RSI pueden ser designados por la OMS en la Sede o en el plano regional de la Organización.

En aplicación del artículo 4 numeral 4 del RSI (2005), los Estados Partes deben facilitar a la OMS información detallada sobre la forma de enlazar con sus Centros Nacionales de Enlace para el RSI y la OMS proporcionará a los Estados Partes información detallada sobre la forma de enlazar con los Puntos de Contacto de la OMS para el RSI. Esta información será actualizada de forma continua y confirmada anualmente. La OMS podrá a disposición de todos los Estados Partes la información detallada sobre las señas de contacto de los Centros Nacionales de Enlace para el RSI que reciba en cumplimiento de esta normativa.

---

mercancías y/o paquetes postales, con motivo de riesgos específicos y continuos para la salud pública. La OMS, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53, podrá modificar o anular esas recomendaciones, según proceda.

<sup>138</sup> El Reglamento Sanitario Internacional (2005), en su artículo 1 define vigilancia, indicando que “significa la compilación, comparación y análisis de datos de forma sistemática y continua para fines relacionados con la salud pública, y la difusión oportuna, para su evaluación y para dar la respuesta de salud pública que sea procedente”.

<sup>139</sup> Boletín Oficial del Estado. Orden SCO/3870/2006, de 15 de diciembre, por la que se designa el Centro Nacional de Enlace con la OMS y se completan las disposiciones de la Red Nacional de Vigilancia Epidemiológica para la aplicación del RSI en relación con la declaración obligatoria y urgente de casos humanos de gripe aviaria. Orden de 15 de diciembre, BOE N°304, de 21 de diciembre de 2006.

### **2.3.1.3.3. Capacidades básicas de sistema de vigilancia/análisis a nivel nacional, incluyendo en los puntos de entrada.–**

Por último, para que el sistema de vigilancia mundial de enfermedades del RSI (2005) sea efectivo, resulta imprescindible que los eventos nacionales urgentes se detecten tempranamente, para lo cual cada país requiere implementar un sistema de vigilancia capaz de informar sobre eventos raros (inusuales) e inesperados (imprevistos) desde la periferia al centro en un tiempo muy corto, incluida la capacidad para analizar rápidamente esos datos.

Al momento de dictarse el RSI (2005), en muchos países ya existía esta capacidad de vigilancia/análisis. En cambio en otros, podría ser necesario un período de gracia para satisfacer este requerimiento del RSI, de instalar un mínimo de capacidades básicas en materia de salud pública y, asimismo, contar con la prestación de asistencia y financiamiento externos.

**Vigilancia de enfermedades.–** El RSI (2005) dispone en su artículo 5 párrafo primero que a cada Estado Parte le cabe la obligación de desarrollar, reforzar y mantener, lo antes posible, pero a más tardar cinco años después de la fecha de entrada en vigor del RSI para ese Estado Parte, la capacidad de detectar, evaluar y notificar eventos de conformidad con el RSI, y presentar informes sobre ellos, según lo previsto en el Anexo 1.

**Respuesta de salud pública.–** El RSI (2005) dispone en su artículo 13 párrafo primero que a cada Estado Parte le cabe la obligación de desarrollar, reforzar y mantener, lo antes posible, pero a más tardar cinco años después de la fecha de entrada en vigor del RSI para ese Estado Parte, la capacidad necesaria para responder con prontitud y eficacia a los riesgos para la salud pública y las emergencias de salud pública de importancia internacional según lo previsto en el Anexo 1<sup>140</sup>. En consulta con los

---

<sup>140</sup> El Anexo 1 dispone que la capacidad básica de respuesta de salud pública en el nivel de la comunidad local y/o en el nivel primario de respuesta de salud pública -de especial relevancia en la configuración del derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas- se encuentra constituido por la capacidad para: a) detectar eventos que supongan niveles de morbilidad o mortalidad superiores a los previstos para un tiempo y lugar determinados, en todas las zonas del territorio del Estado Parte; y b) comunicar de inmediato al nivel apropiado de respuesta de salud pública toda la información esencial disponible. En el nivel de la comunidad, la información se comunicará a las



Estados Miembros, la OMS publicará directrices para prestar apoyo a los Estados Partes en el desarrollo de la capacidad de respuesta de salud pública.

**Anexo 1 del RSI (2005).**— De acuerdo con el Anexo 1, los Estados Partes utilizarán las estructuras y recursos nacionales existentes para cumplir los requisitos de capacidad básica que establece el RSI con respecto, entre otras cosas, a lo siguiente:

- i) sus actividades de vigilancia, presentación de informes, notificación, verificación, respuesta y colaboración; y
- ii) sus actividades con respecto a los aeropuertos, puertos y pasos fronterizos terrestres designados. Respecto estos puntos de entrada, el RSI exige a los Estados Partes la adopción de medidas preventivas sistemáticas, proporcionando inspección sistemática y actividades de control para prevenir la propagación internacional de enfermedades.

Por su parte, a cada Estado Parte le cabe evaluar, dentro de un plazo de dos años contados a partir de la entrada en vigor del RSI para esa Parte, la capacidad de las estructuras y recursos nacionales existentes para cumplir los requisitos mínimos descritos en el Anexo 1. Como consecuencia de esta evaluación, los Estados Partes elaborarán y pondrán en práctica planes de acción para garantizar que estas capacidades básicas existan y estén operativas en todo su territorio, según se establece en el párrafo 1 del artículo 5 y el párrafo 1 del artículo 13.

**El desafío actual en plena marcha.**— De tal manera, teniendo en cuenta que el RSI (2005) entró en vigor el 15 de junio de 2007, y que a cada Estado Parte le cabe la obligación de desarrollar, reforzar y mantener, lo antes posible, pero a más tardar cinco años después de la fecha de entrada en vigor del RSI para ese Estado Parte, la capacidad de detectar, evaluar y notificar eventos de conformidad con el RSI, y presentar informes sobre ellos, por una parte, y la capacidad necesaria para responder con prontitud y eficacia a los riesgos para la salud pública y las emergencias de salud pública de importancia internacional, por la otra, queda más que claro que la colaboración

---

instituciones comunitarias locales de atención de salud o al personal de salud apropiado. En el nivel primario de respuesta de salud pública, la información se comunicará a los niveles intermedio y nacional de respuesta, según sean las estructuras orgánicas. A los efectos del Anexo 1, la información esencial incluye lo siguiente: descripciones clínicas, resultados de laboratorio, origen y naturaleza del riesgo, número de casos humanos y de defunciones, condiciones que influyen en la propagación de la enfermedad y medidas sanitarias aplicadas; y c) aplicar de inmediato medidas preliminares de control.

internacional en la lucha contra las enfermedades infecciosas constituye un desafío en plena marcha.

Esto se refuerza aún más con los ejemplos recientes de nuevas enfermedades infecciosas que han afectado al mundo y que han sido mencionadas en este capítulo, susceptibles sin duda de ser tratadas en el ámbito del nuevo RSI-2005.

### 3. LA ATENCIÓN PRIMARIA DE LA SALUD (APS).

En la lucha contra las enfermedades infecciosas, cobra especial relevancia la atención primaria de la salud, entendida como el primer contacto de la comunidad con el sistema de salud, y por tanto prioritaria en la prevención y control de las mismas.

**Tres niveles de atención de la salud.** El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, órgano encargado de supervisar la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General N°14 (2000) sobre “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud” –artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales–, hace mención a los tres niveles de atención de la salud que con frecuencia hacen referencia las publicaciones y la práctica acerca del derecho a la salud.

De tal manera, el Comité PIDESC<sup>141</sup> al referirse a los tres niveles de atención de la salud indica que:

→ *la atención primaria de la salud* versa esencialmente sobre las enfermedades comunes y relativamente leves y es prestada por los profesionales de la salud y/o los médicos generalmente capacitados que prestan servicios dentro de la comunidad a un precio relativamente bajo;

→ *la atención secundaria de la salud* prestada en centros, por lo general hospitales, que se relaciona esencialmente con enfermedades leves o enfermedades graves relativamente comunes que no se pueden tratar en el plano comunitario y requieren la intervención de profesionales de la salud y médicos especialmente capacitados, equipo especial y, en ocasiones, atenciones hospitalarias de los pacientes a un costo relativamente más alto; y

→ *la atención terciaria de la salud* dispensada en unos pocos centros, que se ocupa esencialmente de un número reducido de enfermedades leves o graves que requieren la

---

<sup>141</sup> Véase la Observación General N°14, de 2000, del Comité PIDESC, nota al pie de página n.º 9.

intervención de profesionales y médicos especialmente capacitados, así como equipo especial, y es con frecuencia relativamente cara.

Ahora bien, como lo previene incluso el propio Comité estas modalidades de atención primaria, secundaria y terciaria de la salud se superponen con frecuencia y están a menudo interrelacionadas entre sí, de manera que no es posible entenderlas como departamentos estancos, sino que por el contrario el sistema de salud debe lograr una adecuada fluidez y armonía entre estos niveles. Con todo, ya queda claro la incidencia y responsabilidades que tendrá en el contexto de los sistemas sanitarios de cada país, la atención primaria de salud en la prevención y control a nivel local y comunitario de las enfermedades infecciosas.

Además, los sistemas de salud alrededor del mundo están teniendo que hacer frente con un medioambiente cambiante: *epidemiológicamente*, en términos de estructuras etáreas cambiantes, el impacto de pandemias y la emergencia de nuevas amenazas; *políticamente*, en términos de nuevas percepciones sobre el rol del Estado y sus relaciones con el sector privado y la sociedad civil; *técnicamente*, en términos de una creciente conciencia que los sistemas de salud están fallando en sus servicios y que con demasiada frecuencia son inequitativos, regresivos e inseguros, constituyendo un factor limitante en la consecución de mejores resultados de desarrollo; *institucionalmente*, especialmente en los países de bajo ingreso, debiendo enfrentar una arquitectura de ayuda y cooperación crecientemente compleja<sup>142</sup>. En un país de ingreso medio como Chile, un estudio realizado, dando cuenta de estos tres niveles de atención del sistema de salud, reveló que la principal falencia se encontraba a nivel de la atención primaria<sup>143</sup>.

---

<sup>142</sup> OMS, *Everybody's Business: Strengthening ...*, Op. Cit., p. 1.

<sup>143</sup> "Estudio del Auge revela que su principal falencia está en los consultorios" (Diario *El Mercurio*, 5 de diciembre de 2010, artículo de René Olivares, p. C9): "La atención primaria (consultorios) sobrecargada por exceso de responsabilidad y falta de resolutiveidad de los problemas de salud de la población; una atención secundaria (Centros de Referencia en Salud y hospitales de mediana complejidad) casi inexistente, que obliga a la atención terciaria (radicada en los hospitales más complejos) a traspasar a deuda o a listas de espera a los pacientes, debido a la falta de especialistas. Así se desencadena la red asistencial chilena tras el inicio del plan AUGE, según uno de los primeros y más cavados estudios hechos hasta ahora de los efectos del plan durante sus primeros 5 años. El análisis fue elaborado por el médico Vicente Valdivieso, de la Academia Nacional de Medicina y miembro del consejo consultivo del plan, quien dio a conocer la investigación en el Congreso de la Asociación Latinoamericana de Academias de Medicina, organizado en Santiago. El facultativo plantea que el AUGE se ha mal desarrollado, sobrecargando a la atención primaria por las falencias en el reto del sistema. Valdivieso

**Asamblea Mundial de la Salud.** Recientemente, este órgano de la OMS también se ha referido especialmente a la atención primaria de salud, en línea con el renovado impulso que le está otorgando la OMS. En efecto, en la 62ª Asamblea Mundial de la Salud, en 2009, dictó su resolución 62.12<sup>144</sup>, sobre “Atención primaria de salud, incluido el fortalecimiento de los sistemas de salud”.

En ella, acoge con agrado el *Informe sobre la salud en el mundo 2008*<sup>145</sup> publicado en el 30.º aniversario de la Declaración de Alma–Ata, en el que se determinan cuatro esferas clave de política para reducir las inequidades sanitarias y mejorar la salud para todos: subsanar las inequidades sanitarias por medio de la cobertura universal, situar al individuo como elemento central de la prestación de servicios, integrar la salud en las políticas públicas de todos los sectores, e instituir un liderazgo integrador en pro de la salud. Al mismo tiempo, también acoge favorablemente el informe definitivo de la Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud<sup>146</sup>, de la OMS, que será aludida en el párrafo 3.2.2, temática especialmente relevante en el ámbito de las enfermedades infecciosas.

En definitiva dicha resolución insta a los Estados Miembros de la OMS a garantizar el compromiso político en todos los niveles con los valores y principios de la Declaración de Alma–Ata, mantener la cuestión del fortalecimiento de los sistemas de salud sobre la base de la atención primaria de salud en un lugar prominente de la agenda política internacional, y aprovechar, cuando proceda, las alianzas relacionadas con la salud y las iniciativas relacionadas con esta cuestión para prestar apoyo en particular a la consecución de los Objetivos de Desarrollo del Milenio relacionados con la salud.

---

advierte que “más de un tercio de los profesionales que actúan en ella como médicos generales son formados en el extranjero para atender problemas que no coinciden precisamente con la patología prevalente en el Chile de hoy”.

<sup>144</sup> Disponible en [http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf\\_files/WHA62-REC1/WHA62\\_REC1-sp-P2.pdf](http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA62-REC1/WHA62_REC1-sp-P2.pdf) (visitado el 29 de agosto de 2011).

<sup>145</sup> OMS, *La atención primaria de salud Más necesaria que nunca*, Op. Cit.

<sup>146</sup> COMISION SOBRE DETERMINANTES SOCIALES DE LA SALUD, *Subsanar las desigualdades en una generación: alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud*, Ginebra, OMS, 2008.

Asimismo, insta a los Estados Miembros a acelerar las medidas encaminadas al acceso universal a la atención primaria de salud desarrollando servicios de salud integrales y estableciendo mecanismos nacionales de financiación equitativos, eficaces y sostenibles, conscientes de la necesidad de garantizar la protección social y proteger los presupuestos de salud en el contexto de la crisis financiera internacional;

### **3.1. Obligaciones básicas en la atención primaria de la salud.**

El Comité PIDESC en la ya mencionada Observación General N°14, en su título II “OBLIGACIONES DE LOS ESTADOS PARTES”, explicita en sus párrafos 43, 44 y 45, las obligaciones básicas de los Estados Partes en la atención primaria de la salud.

Para configurar aquellas obligaciones básicas, el Comité PIDESC indica para el efecto que la Declaración de Alma-Ata<sup>147</sup> ofrece una orientación inequívoca de las obligaciones básicas dimanantes del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

#### **3.1.1. Obligaciones básicas de cada Estado.**

En efecto, el Comité considera que entre esas obligaciones básicas figuran, como mínimo, las siguientes<sup>148</sup>:

- a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;
- b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre;
- c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicos, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable;

---

<sup>147</sup> Acordada por los Ministros de Salud de todo el mundo y aprobada el 12 de septiembre de 1978 en la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, uno de los primeros intentos por unificar las ideas acerca de la salud dentro de un único marco de política se concretó en la Declaración de Alma-Ata sobre Atención Primaria de Salud.

<sup>148</sup> Observación General N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 43.

- d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS;
- e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud;
- f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.

Asimismo, junto a estas obligaciones básicas mínimas precedentemente citadas, el Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales confirma que entre las obligaciones de prioridad comparables figuran las siguientes<sup>149</sup>:

- a) Velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y postnatal) e infantil;
- b) Proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que tienen lugar en la comunidad;
- c) Adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas;
- d) Impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenir y combatir esas enfermedades;
- e) Proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos.

---

<sup>149</sup> Observación General N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 44.

Cabe indicar que la adopción de medidas legislativas es indispensable para convertir en realidad estas obligaciones, pero las leyes por sí mismas no son una respuesta suficiente en el plano nacional. Es necesario que los gobiernos adopten medidas administrativas, judiciales, políticas, económicas, sociales, educativas y de muchos otros tipos para asegurar el disfrute de este derecho.

Es importante destacar como queda graficado en estas obligaciones básicas, la relevancia que tiene para el goce del derecho a la salud, los determinantes sociales de la salud –acceso a agua potable, saneamiento, alimentación, albergue, etc.– y que son fundamentales para la prevención y control de las enfermedades infecciosas.

### **3.1.2. Asistencia y cooperación internacionales.–**

El mencionado Comité también explicita –teniendo en cuenta la entidad de las obligaciones básicas mínimas enunciadas y la dificultad de su satisfacción especialmente por parte de los países en desarrollo– que incumbe especialmente a los Estados Partes, así como a otros actores que estén en situación de prestar ayuda, prestar asistencia y cooperación internacionales, en especial económica y técnica, que permita a los países en desarrollo cumplir sus obligaciones básicas<sup>150</sup>.

En este ámbito, cabe vincular estas obligaciones básicas mínimas con el artículo 2 párrafo 1 del Pacto, relativo a las obligaciones que asumen los Estados Partes: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga<sup>151</sup>, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”.

---

<sup>150</sup> Observación General N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 45.

<sup>151</sup> La expresión “recursos de que disponga” se aplica tanto a los recursos nacionales como a la asistencia o la cooperación internacional de carácter económico y técnico al alcance del Estado Parte. En la utilización de los recursos disponibles deberá darse prioridad a hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto, teniéndose en cuenta la necesidad de garantizar a todos la satisfacción de las necesidades de subsistencia así como de proporcionar los servicios básicos.



### **3.1.2.1. Clasificación de los países en el mundo.**

En el Informe sobre Desarrollo Humano 2007–2008, del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), se incluyen a los países en diferentes categorías: en la categoría de países en desarrollo figuran 137 países o territorios. En la lista de países menos adelantados figuran 50 países o territorios. La Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) se encuentra integrada por 30 países o territorios, de los cuales 24 figuran como países de ingresos altos de la OCDE.

### **3.1.2.2. Países menos adelantados (PMA).–**

La importancia de esta categoría reside en que la pertenencia al grupo de países menos adelantados comporta determinados beneficios. Éstos se cifran en el trato especial dispensando en tres ámbitos: el comercio, la financiación para el desarrollo y la cooperación técnica.

En el primer período de sesiones de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), celebrado en 1964, se comenzó a prestar atención especial a lo que entonces se denominaban los "menos desarrollados" de los países en desarrollo y desde entonces esa atención especial ha ido en aumento.

Basándose en la labor realizada por la UNCTAD en relación con la identificación y la clasificación de los países menos adelantados, y en las recomendaciones del Comité de Planificación del Desarrollo, la Asamblea General<sup>152</sup> aprobó la lista de los países menos adelantados en 1971. Tras un prolongado debate, el Comité decidió utilizar los criterios siguientes: el producto interno bruto (PIB) per cápita debía ser igual o inferior a 100 dólares de los EE.UU. (en 1968); la parte correspondiente al sector manufacturero en el producto interno bruto debía ser igual o inferior al 10%; la tasa de alfabetización de adultos debía ser igual o inferior al 20%.

---

<sup>152</sup> Competen a la Asamblea General de las Naciones Unidas las decisiones sobre la inclusión de un país en la lista de países menos adelantados o su exclusión de la misma. Desde 1991, los preparativos habituales para la adopción de esas decisiones consisten en que el Comité de Políticas de Desarrollo efectúe exámenes trienales y formule recomendaciones a efectos de la inclusión o la exclusión de los distintos países. Las recomendaciones se remiten al Consejo Económico y Social, que adopta medidas en función de la recomendación correspondiente a cada país.

### **3.1.2.2.1. Criterios utilizados actualmente para determinar los PMA.**

En su examen trienal de la lista de países menos adelantados más reciente, realizado en 2003, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas utilizó los siguientes criterios para determinar los países menos adelantados, conforme a lo propuesto por el Comité de Políticas de Desarrollo:

- Criterio de bajos ingresos, basado en una medida estimada del producto interno bruto per cápita en un período de tres años (menos de 750 dólares para ser incluidos en la lista y más de 900 dólares para ser excluidos);
- Criterio de insuficiencia de recursos humanos, que consiste en un índice ampliado de la calidad material de vida compuesto y basado en indicadores de: a) nutrición; b) salud; c) educación; y d) alfabetización de adultos; y
- Criterio de vulnerabilidad económica, consistente en un índice de vulnerabilidad económica compuesto y basado en indicadores de: a) la inestabilidad de la producción agrícola; b) la inestabilidad de las exportaciones de bienes y servicios; c) la importancia económica de las actividades no tradicionales (porcentaje del producto interno bruto) que corresponde a las manufacturas y los servicios modernos; d) la concentración de las exportaciones de bienes; y e) la desventaja de la pequeñez económica (medida utilizando el logaritmo de la población); y el porcentaje de desplazados como consecuencia de desastres naturales.

Para ser incluido en la lista, un país debe satisfacer los tres criterios. Para ser candidato a la exclusión, un país debe alcanzar el umbral de dos de los tres criterios en dos exámenes trienales consecutivos realizados por el Comité de Políticas de Desarrollo. Además, puesto que la característica fundamental de la categoría de países menos adelantados, a saber, sus desventajas estructurales, excluye a las economías grandes, la población no puede exceder los 75 millones de habitantes.

Entre los indicadores socio–económicos sobre los PMA utilizados –destacando varios de carácter sanitario– se encuentran: la proporción de la población activa total empleada en la agricultura; tasa de alfabetización adultos; tasa de mortalidad infantil (por cada 1.000 nacidos vivos); la esperanza de vida al nacer (años); número estimado de personas (entre 0–49 años) infectadas con el VIH/SIDA (miles).

### 3.1.2.2.2. La Organización Mundial del Comercio (OMC) y los PMA.

La OMC reconoce como países menos adelantados (PMA) a los países que han sido designados de esa manera por las Naciones Unidas. Actualmente hay 50 países menos adelantados en la lista de las Naciones Unidas.

Treinta y dos (32) de los cuales han pasado a ser Miembros de la OMC. Se trata de los países siguientes: Angola; Bangladesh; Benin; Burkina Faso; Burundi; Camboya; Chad; Congo; República Democrática del Djibouti; Gambia; Guinea; Guinea Bissau; Haití; Islas Salomón; Lesotho; Madagascar; Malawi; Maldivas; Malí; Mauritania; Mozambique; Myanmar; Nepal; Níger; República Centroafricana; Rwanda; Senegal; Sierra Leona; Tanzania; Togo; Uganda; Zambia. Otros ocho (8) países menos adelantados están en proceso de adhesión a la OMC. Se trata de: Bhután; Cabo Verde; Etiopía; República Democrática Popular Lao; Samoa; Sudán; Vanuatu; y Yemen. Además, Guinea Ecuatorial y Santo Tomé y Príncipe tiene la condición de observador en la OMC.

Respecto de la clasificación de países, cabe indicar que la OMC no ha elaborado definiciones de países “desarrollados” o “en desarrollo”, siendo que los países en desarrollo se designan sobre la base de la auto selección, aunque no todos los órganos de la OMC aceptan automáticamente esa clasificación. La diferenciación de estas categorías tiene relevancia en los principales instrumentos de la OMC<sup>153</sup>, importantes

---

<sup>153</sup> **ACUERDO SOBRE LOS ADPIC: DISPOSICIONES TRANSITORIAS** *Artículo 66 Países menos adelantados Miembros* 1. Habida cuenta de las necesidades y requisitos especiales de los países menos adelantados Miembros, de sus limitaciones económicas, financieras y administrativas y de la flexibilidad que necesitan para establecer una base tecnológica viable, ninguno de estos Miembros estará obligado a aplicar las disposiciones del presente Acuerdo, a excepción de los artículos 3, 4 y 5, durante un período de 10 años contado desde la fecha de aplicación que se establece en el párrafo 1 del artículo 65. El Consejo de los ADPIC, cuando reciba de un país menos adelantado Miembro una petición debidamente motivada, concederá prórrogas de ese período. 2. Los países desarrollados Miembros ofrecerán a las empresas e instituciones de su territorio incentivos destinados a fomentar y propiciar la transferencia de tecnología a los países menos adelantados Miembros, con el fin de que éstos puedan establecer una base tecnológica sólida y viable.

*Artículo 67 Cooperación técnica*

Con el fin de facilitar la aplicación del presente Acuerdo, los países desarrollados Miembros prestarán, previa petición, y en términos y condiciones mutuamente acordados, cooperación técnica y financiera a los países en desarrollo o países menos adelantados Miembros. Esa cooperación comprenderá la asistencia en la preparación de leyes y reglamentos sobre protección y observancia de los derechos de propiedad intelectual y sobre la prevención del abuso de los mismos, e incluirá apoyo para el

para nuestra tesis. Entre estos instrumentos, el párrafo 6 de la Declaración de Doha declara: “6. Reafirmamos decididamente nuestro compromiso con el objetivo del desarrollo sostenible, enunciado en el preámbulo del Acuerdo de Marrakech. Estamos convencidos de que los objetivos de respaldar y salvaguardar un sistema multilateral de comercio abierto y no discriminatorio y de actuar para la protección del medio ambiente y la promoción del desarrollo sostenible pueden y deben apoyarse mutuamente. Tomamos nota de los esfuerzos de los Miembros por realizar, sobre una base voluntaria,

---

establecimiento o ampliación de las oficinas y entidades nacionales competentes en estas materias, incluida la formación de personal.

**DECLARACION DE DOHA: "PAÍSES MENOS ADELANTADOS**

42. Reconocemos la gravedad de las preocupaciones expresadas por los países menos adelantados (PMA) en la Declaración de Zanzíbar adoptada por sus Ministros en julio de 2001. Reconocemos que la integración de los PMA en el sistema multilateral de comercio exige un acceso a los mercados significativo, ayuda para la diversificación de su base de producción y de exportación, y asistencia técnica y creación de capacidad relacionadas con el comercio. Coincidimos en que la integración significativa de los PMA en el sistema de comercio y la economía mundial conllevará esfuerzos por parte de todos los Miembros de la OMC. Nos comprometemos con el objetivo del acceso a los mercados libre de derechos y de contingentes para los productos originarios de los PMA. A este respecto, acogemos con agrado las mejoras significativas del acceso a los mercados logradas por los Miembros de la OMC con anterioridad a la Tercera Conferencia de las Naciones Unidas sobre los PMA (PMA-III), celebrada en Bruselas en mayo de 2001. Nos comprometemos además a considerar medidas adicionales para obtener mejoras progresivas en el acceso a los mercados para los PMA. La adhesión de los PMA sigue siendo una prioridad para los Miembros de la OMC. Convenimos en esforzarnos por facilitar y acelerar las negociaciones con los PMA en proceso de adhesión. Encomendamos a la Secretaría que refleje en los planes anuales de asistencia técnica la prioridad que atribuimos a las adhesiones de los PMA. Reafirmamos los compromisos que asumimos en la PMA-III, y convenimos en que la OMC deberá tener en cuenta, al formular su programa de trabajo relativo a los PMA, los elementos relacionados con el comercio de la Declaración y Programa de Acción de Bruselas aprobados en la PMA-III, acordes con el mandato de la OMC. Encomendamos al Subcomité de Países Menos Adelantados que formule ese programa de trabajo e informe sobre el programa de trabajo convenido al Consejo General en su primera reunión de 2002.

43. Respaldamos el Marco Integrado para la Asistencia Técnica relacionada con el Comercio en apoyo de los países menos adelantados (MI) como modelo viable para el desarrollo del comercio de los PMA. Instamos a los asociados para el desarrollo a que aumenten significativamente sus contribuciones al Fondo Fiduciario del MI y a los fondos fiduciarios extrapresupuestarios de la OMC en favor de los PMA. Instamos a los organismos participantes a que, en coordinación con los asociados para el desarrollo, estudien la mejora del MI con miras a atender las limitaciones de los PMA en relación con la oferta y la extensión del modelo a todos los PMA, tras el examen del MI y la evaluación del Programa Piloto en curso en determinados PMA. Pedimos al Director General que, previa coordinación con los jefes de los demás organismos, presente un informe provisional al Consejo General en diciembre de 2002 y un informe completo en el quinto período de sesiones de la Conferencia Ministerial sobre todas las cuestiones que afectan a los PMA.

**TRATO ESPECIAL Y DIFERENCIADO**

44. Reafirmamos que las disposiciones sobre trato especial y diferenciado son parte integrante de los Acuerdos de la OMC. Tomamos nota de las preocupaciones expresadas con respecto a su funcionamiento a la hora de hacer frente a las limitaciones específicas con que tropiezan los países en desarrollo, en particular los países menos adelantados. En relación con ello también tomamos nota de que algunos Miembros han propuesto un acuerdo marco sobre trato especial y diferenciado. Por consiguiente, convenimos en que se examinarán todas las disposiciones sobre trato especial y diferenciado con miras a reforzarlas y hacerlas más precisas, eficaces y operativas. A este respecto, respaldamos el programa de trabajo sobre trato especial y diferenciado establecido en la Decisión sobre las cuestiones y preocupaciones relativas a la aplicación”.

evaluaciones ambientales a nivel nacional de las políticas comerciales. Reconocemos que, en virtud de las normas de la OMC, no deberá impedirse a ningún país que adopte medidas para la protección de la salud y la vida de las personas y los animales o la preservación de los vegetales, o para la protección del medio ambiente, a los niveles que considere apropiados, a reserva de la prescripción de que esas medidas no se apliquen de manera que constituyan un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre los países en que prevalezcan las mismas condiciones, o una restricción encubierta del comercio internacional, y de que en lo demás sean conformes a las disposiciones de los Acuerdos de la OMC. Acogemos favorablemente la continuación de la cooperación con el PNUMA y otras organizaciones intergubernamentales que se ocupan del medio ambiente. Alentamos los esfuerzos destinados a promover la cooperación entre la OMC y las organizaciones internacionales pertinentes que se ocupan del medio ambiente y del desarrollo, especialmente en la preparación de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible que se celebrará en Johannesburgo, Sudáfrica, en septiembre de 2002”.

### **3.1.3. Informe sobre la Salud en el mundo 2008.–**

El año 2008 se conmemoró el 60.º aniversario de la OMS –cuya Constitución entró en vigor en 1948– y el 30.º aniversario de la Declaración de Alma–Ata sobre Atención Primaria de Salud, de 1978. Dando cuenta de su relevancia actual dicho Informe se concentra precisamente en la atención primaria de salud.

De acuerdo con la Directora General de la OMS Margaret Chan, si bien nuestro contexto sanitario mundial ha sufrido grandes cambios, “los valores centrales de la Constitución de la OMS y los que dieron forma a la Declaración de Alma–Ata han superado la prueba de la realidad y siguen siendo válidos”<sup>154</sup>. Y ello tiene sentido, toda vez que en su visión “pese a los enormes progresos de la salud en el plano mundial, nuestros fracasos colectivos a la hora de materializar esos valores son demasiado obvios y merecen nuestra máxima atención”<sup>155</sup>.

Es así como el informe 2008, dando cuenta de la tremenda relevancia que tiene para la población la atención primaria de la salud, –y con especial preponderancia en lo que

---

<sup>154</sup> OMS, *La atención primaria de salud Más necesaria que nunca*, Op. Cit., p. 2.

<sup>155</sup> Ibidem.

atañe a la prevención y control de las enfermedades infecciosas, teniendo en cuenta la rápida propagación mundial que hemos sido testigos en los últimos años de epidemias y pandemias que continúan asolando a las poblaciones, especialmente aquellas más vulnerables— y su rol fundamental en el sistema sanitario nacional de cada país, ha vuelto a poner atención en las enseñanzas del pasado, en especial aquellas sintetizadas en la Declaración de Alma–Ata, de modo de identificar las principales posibilidades que disponen los sistemas de salud para reducir los intolerables desfases existentes entre las aspiraciones y la realidad.

El mencionado Informe 2008 sintetiza la necesidad de los sistemas de salud nacionales de avanzar en cuatro conjuntos de reformas<sup>156</sup> que reflejan la convergencia de los valores de la atención primaria, las expectativas de los ciudadanos y algunos retos comunes de naturaleza transversal a que se ven enfrentados:

→ ***reformas en pro de la cobertura universal*** que garanticen que los sistemas de salud favorezcan la equidad sanitaria, la justicia social y el fin de la exclusión, dando prioridad al acceso universal y la protección social en salud;

→ ***reformas de la prestación de servicios*** que reorganicen los servicios de salud en función de las necesidades y expectativas de la población, para hacerlos más pertinentes socialmente y más sensibles a los cambios que experimenta el mundo, y que propicien al mismo tiempo mejores resultados;

→ ***reformas de las políticas públicas*** que mejoren la salud de las comunidades mediante la integración de las intervenciones de salud pública y la atención primaria, la aplicación de políticas públicas saludables en todos los sectores y *el fortalecimiento de las intervenciones de salud pública transnacionales*;

→ ***reformas del liderazgo*** que sustituyan la exagerada dependencia de los sistemas de mando y control por un lado, y el laissez–faire del Estado, por otro, por un liderazgo integrador, participativo y dialogante capaz de afrontar la complejidad de los actuales sistemas de salud.

En el mundo globalizado en que vivimos, existe una salud mundial interdependiente, cuya mejor ilustración la constituyen las epidemias que han llegado al nivel de

---

<sup>156</sup> OMS, *La atención primaria de salud Más necesaria que nunca*, Op. Cit., pp. 10-ss.

pandemias mundiales, por su nivel de propagación global y es importante que tanto respecto de estos desafíos como ante otros, los sistemas de salud nacionales sean capaces de funcionar adecuadamente y brindar respuestas a tiempo.

Para reflejar la importancia que la Organización Mundial de la Salud atribuye a esta interdependencia mundial frente a retos transnacionales, el mejor ejemplo lo constituye todo el trabajo desplegado para adecuar el Reglamento Sanitario Internacional (2005) a las actuales necesidades internacionales en el ámbito de las enfermedades infecciosas, analizado previamente en esta tesis en el párrafo 2.3.1, que entre otras innovaciones, incorporó el concepto de emergencia de salud pública de importancia internacional. Su éxito por cierto requiere de sistemas de salud nacionales que funcionen eficientemente, en forma coordinada y con capacidad de detección y alerta temprana.

#### **3.1.3.1. Los valores de la APS en pro de la salud para todos.**

En la Declaración de Alma-Ata de 1978, quedan claros los valores defendidos: justicia social y derecho a una mejor salud para todos, participación y solidaridad<sup>157</sup>. Se intuía que para impulsar esos valores había que cambiar radicalmente la manera en que los sistemas de atención sanitaria funcionaban y aprovechaban las posibilidades de los demás sectores, clave para la salud de toda persona, lo que con el tiempo se ha venido a denominar los determinantes sociales de la salud.

Los valores de la Atención Primaria de Salud (APS) en pro de la salud para todos requieren que los sistemas de salud pongan a las personas en el centro de la atención sanitaria<sup>158</sup>. Lo que las personas consideran modos de vida deseables a nivel individual y lo que esperan para sus sociedades constituyen parámetros importantes para dirigir el sector de la salud. La APS ha seguido siendo el punto de referencia del discurso sobre salud de casi todos los países, precisamente porque el movimiento en pro de la APS intentó aportar respuestas racionales, basadas en datos científicos y con visión de futuro,

---

<sup>157</sup> OMS, *Atención Primaria de Salud: Informe de la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, Alma-Ata, URSS, 6-12 de septiembre de 1978*, Ginebra, OMS, 1978 (Serie “Salud para todos”, n.º 1).

<sup>158</sup> OMS, Oficina Regional de la OMS para Asia Sudoriental y Oficina Regional de la OMS para el Pacífico Occidental, *People at the Centre of Health Care: Harmonizing mind and body, people and systems*, Ginebra, 2007.

a las necesidades sanitarias y a esas expectativas sociales<sup>159, 160, 161, 162</sup>. Para lograr ese objetivo, son necesarios compromisos que deben comenzar por tener en cuenta las expectativas sobre la salud y la atención sanitaria de los ciudadanos y garantizar que su opinión y sus elecciones influyan en forma decisiva en la manera en que se diseñan y funcionan los servicios de salud<sup>163</sup>.

En un estudio reciente sobre la APS se expresa esta perspectiva como el derecho a alcanzar el grado máximo de salud posible, con la mayor equidad y solidaridad, considerando la necesidad de dar respuesta a las necesidades de salud de la población<sup>164</sup>. Y ello requiere que los sistemas de salud sean capaces de responder a los desafíos de un mundo en transformación y a las crecientes expectativas de mejores resultados. Esto entraña una reorientación y reforma sustanciales del funcionamiento actual de los sistemas de salud en la sociedad y que constituyen precisamente la agenda de renovación de la APS propiciada por la Organización Mundial de la Salud.

De acuerdo a la OMS, los valores que apuntalan la atención primaria de salud están constituidos por el acceso universal; la equidad; la participación; y la acción intersectorial. Estos valores son centrales en la labor de la Organización Mundial de la Salud y en las políticas de salud en muchos países hoy<sup>165</sup>.

### **3.1.3.2. Beneficios del fortalecimiento de la atención primaria de salud.**

Los beneficios del fortalecimiento de la atención primaria de salud tiene relevancia primordial para la población de cada país –tanto de los países en desarrollo como de los

---

<sup>159</sup> ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, *Renovación de la atención primaria de salud en las Américas: documento de posición de la Organización Panamericana de la Salud*, Washington D.C., OPS, 2007.

<sup>160</sup> SALTMAN, Richard, RICO, Ana, BOERMA, Wienke, *Primary health care in the driver's SEAT: organizational return in European primary care*, Inglaterra, Open University Press, 2006 (Serie del Observatorio Europeo sobre los sistemas y las políticas de salud).

<sup>161</sup> OMS, Oficina Regional de la OMS para África, *Report on the review of primary health care in the African Region*, Brazaville, 2003.

<sup>162</sup> OMS, Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, Alma-Ata: 25° aniversario (A56/27), Ginebra, OMS, 24 de abril de 2003.

<sup>163</sup> Oficina Regional de la OMS para Europa, *Carta de Ljubljana sobre la reforma de atención sanitaria*, 1996, Copenhague, 1996.

<sup>164</sup> ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, *Renovación de la atención primaria...*, Op. Cit.

<sup>165</sup> OMS, *Everybody's Business: Strengthening ...*, Op. Cit., p. 5.



países desarrollados– debiendo constituir un factor clave en el diseño, implementación y desarrollo de todo sistema sanitario.

Para la OMS<sup>166</sup> es preciso aprender de las lecciones del pasado, principalmente teniendo en cuenta que:

- aún con mayor financiamiento, los recursos en salud siempre son limitados frente a todos los desafíos que se enfrentan y se requiere maximizarlos;
- esfuerzos pasados de implementar una atención primaria de salud enfocada casi exclusivamente en el sector público, cuando para muchas personas –tanto pobres como ricos– los proveedores privados son el primer punto de contacto. En la actualidad sistemas de salud responsables deben tener en consideración tanto a los proveedores públicos como privados;
- la atención primaria de salud requiere reconocer problemas asociados con dependencia en voluntariado exclusivamente.

A continuación a modo de ejemplo enunciaremos algunos ejemplos que permitan ir ilustrando su ámbito de aplicación y los beneficios que su correcta implementación significa para el adecuado funcionamiento del sistema de salud especialmente en relación con las enfermedades infecciosas.

#### **3.1.3.2.1. Beneficios para la población. Ejemplos en países en desarrollo.**

En el Informe “Salud pública, innovación y derechos de propiedad intelectual”, del año 2006, de la Comisión de Derechos de Propiedad Intelectual, Innovación y Salud pública de la OMS, ésta destaca en dos ejemplos concretos implementados en países en desarrollo, los buenos resultados que genera su fortalecimiento y la capacidad que tiene para influir decisivamente en los ámbitos más trascendentales de la vida humana. Al respecto el Informe destaca:

- El desarrollo de la atención primaria de salud en **Cuba**, indicando que “Cuba es un ejemplo de país de ingresos medianos bajos que ha logrado que la población goce de una muy aceptable salud. La esperanza de vida al nacer en Cuba (76 años) se acerca más a la de los Estados Unidos y el Reino Unido (76 y 77 años respectivamente) que a

---

<sup>166</sup> Ibidem.

la de Bolivia y Ecuador (62 y 70 años respectivamente). Las tasas de mortalidad de menores de cinco años en Cuba son más parecidas a las registradas en los países desarrollados y mucho más bajas que las de otros países de América Latina de ingresos medianos bajos. Pese a los problemas económicos a los que debe hacer frente, la situación de la salud pública en Cuba se asemeja a la de naciones mucho más ricas. Los logros de salud pública de Cuba se deben en gran parte a la *atención preferente que presta a la educación sanitaria y a su sistema de salud*. Cuba mantiene su compromiso de ofrecer una enseñanza gratuita, universal y obligatoria hasta los 12 años. Su tasa de alfabetización de adultos es del 96,7%. Su sistema de salud pública se concibió asimismo para reducir la disparidad y se centra en los principios de universalidad y accesibilidad. Gracias al sólido sistema de atención primaria, en el que los médicos y el personal de enfermería viven en ambulatorios del vecindario, se ha logrado prestar atención integral a toda la comunidad. Por otra parte, la integración de los servicios primarios, secundarios y terciarios, pese a la presión económica y la escasez de infraestructuras, ha favorecido los buenos resultados del sistema de salud pública de Cuba<sup>167</sup>.

→ El desarrollo de la atención primaria de salud en la ***ciudad de Kerala en la India***. Respecto de Kerala revela que “los ingresos por habitante equivalen aproximadamente a una centésima parte de los correspondientes a los países ricos. El gasto anual en atención de salud (US\$ 28 por persona) es muy inferior al de los Estados Unidos (US\$ 3925 por persona), y sin embargo sus resultados en lo que respecta a los indicadores sanitarios habituales son muy semejantes. La esperanza de vida al nacer en Kerala (76 años para las mujeres y 70 años para los varones) se acerca a la de los Estados Unidos (80 años para las mujeres y 74 años para los varones). En cambio, la esperanza de vida al nacer en la India en su conjunto es de 63 años para las mujeres y de 62 años para los varones. La tasa de mortalidad en la niñez en Kerala (14 por 1000 nacidos vivos) se acerca a la de los Estados Unidos (7 por 1000 nacidos vivos) y es muy inferior a la del conjunto de la India, donde 68 de cada 1000 bebés nacidos vivos no alcanzan a cumplir su primer año de vida. El éxito de Kerala en el campo de la salud pública responde a diferentes factores, entre los que destacan la atención preferente que otorga el gobierno

---

<sup>167</sup> COMISION DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, INNOVACION Y SALUD PUBLICA, Op. Cit., Capítulo 4, p. 1.

a la educación sanitaria, el acceso a la atención primaria, y el firme compromiso político y financiero de garantizar la salud pública. Hasta hace poco, Kerala destinaba gran parte de su presupuesto estatal (un 25% aproximadamente) al mejoramiento de su sistema educativo. Kerala ha conseguido buenos resultados en las tasas de alfabetización de las mujeres, con un 87% de mujeres adultas que saben leer y escribir, mientras que en la India sólo en torno al 55% de las mujeres adultas saben leer y escribir. Por otra parte, más del 97% de la población de Kerala tiene acceso a la atención de salud, gracias a la atención preferente que concede el Estado a los servicios de atención primaria y a la importante labor realizada por las organizaciones confesionales del Estado. Al igual que Cuba, Kerala ha logrado proteger y garantizar la salud de sus habitantes a pesar de los graves problemas económicos que sufre”<sup>168</sup>.

#### **3.1.3.2.2. Beneficios para la población. Ejemplos en países desarrollados.**

En lo que respecta a países desarrollados, los beneficios de una adecuada implementación y desarrollo de la atención primaria de salud también genera importantes beneficios para la población, especialmente para las de más bajos ingresos. En un artículo<sup>169</sup> de Verónica Casado, Presidenta del Secretariado Europeo de prácticas de Salud Comunitaria, se analizó en diferentes países desarrollados –dos países americanos, tres países nórdicos, dos países del centro de Europa, dos países del sur de Europa y el Reino Unido– la situación enfocada en el campo de la participación y de la intervención comunitaria y su relación con los servicios de atención primaria de salud información que a continuación extractamos en aquellos aspectos más relevantes para nuestra área de interés, revisando sólo algunos de aquellos países:

##### **→ *Estados Unidos de América:***

- En EEUU existen aproximadamente 2.200 centros de salud que ofertan atención primaria a 8,8 millones de personas, fundamentalmente de comunidades urbanas y de zonas rurales desfavorecidas.
- Una serie de estudios independientes documentan igualmente el impacto sobre la salud de los centros de salud. Las comunidades atendidas por los mismos han

---

<sup>168</sup> Ibidem.

<sup>169</sup> CASADO, Verónica, “De paseo por los países desarrollados con la salud comunitaria” [documento pdf], *Revista Comunidad*, n.º 2, 1999 <[www.pacap.net/es/publicaciones/revista.html](http://www.pacap.net/es/publicaciones/revista.html)> (visitado el 29 de agosto de 2011).

disminuido las tasas de mortalidad infantil entre un 10 y un 40 por ciento con respecto a otras comunidades atendidas por otros tipos de establecimientos. Además, los centros han aumentado la proporción de los niños inmunizados y han aumentado el uso de los servicios médicos preventivos. Los pacientes también han expresado la elevada satisfacción con los cuidados recibidos.

- Los miembros y el personal de centro tienen lazos fuertes con la comunidad. Están implicados activamente con las escuelas, hospitales, departamentos de salud locales y estatales, grupos comunitarios, las iglesias y otros, en el desarrollo de programas de salud y de educación, identificando las necesidades de la salud de la comunidad y creando redes integradas de salud. Consiguen apoyos y recursos de la comunidad, adicionales a la inversión en programas del centro de la salud. Como ejemplo cabe citar que esta colaboración está contribuyendo a que en la actualidad 337 centros de salud puedan prescribir medicamentos gratuitos para los pacientes con ingresos bajos. Por otra parte, la colaboración de los centros con las universidades y las escuelas médicas están fomentando la formación de profesionales en materia comunitaria y en promoción de la salud.

→ ***Finlandia:***

- Junto con otros países nórdicos, ha seguido una trayectoria similar de provisión de servicios públicos, basado en servicios médicos, sociales y educativos. Los municipios locales han tenido un fuerte papel en la provisión de estos servicios.
- Ya a principios de siglo pasado comenzaron a organizarse servicios sanitarios constituidos por enfermeras, médicos de familia y hospitales locales. Los médicos de familia se caracterizaban por su versatilidad, ofertando una amplia gama de servicios quirúrgicos y obstétricos. Las distancias a menudo largas y las conexiones difíciles no dejaron otra alternativa. En este marco se empiezan a desarrollar los centros de salud y existe una red de 455 centros de salud que atienden de 10.000 a 20.000 personas cada uno. Ofertan una cartera de servicios a su población similar a la española y los tiempos medios de consulta son de 13 minutos. Los centros de salud están equipados con medios tecnológicos de alto nivel (ultrasonidos, a veces endoscopias, además de radiología y electrocardiografía).

- Los equipos se ocupan del cuidado prenatal, postnatal y salud infantil, del programa de inmunizaciones, de la planificación familiar, de la salud escolar, de los servicios de salud ocupacional y de los servicios de medicina del trabajo, de la atención a domicilio de enfermos crónicos y personas mayores. Asimismo, abordan la rehabilitación psicosocial, las necesidades de personas con discapacidades y de sus familias, la drogadicción y el alcoholismo.
- Ello condujo al incremento de coordinación entre el sector social y el sector sanitario. En 1979, tres ciudades fusionaron la administración y gestión de los servicios sociales y sanitarios. Gradualmente varios municipios al observar las ventajas del sinergismo han emprendido el esfuerzo de coordinación intersectorial.

→ **Francia:**

- La atención primaria y los centros de salud no constituyen la puerta de entrada del sistema sanitario y los que existen son minoría frente a un tipo de organización mayoritaria en la que el médico general trabaja solo, es pagado por acto médico y su actividad es fundamentalmente curativa.
- A pesar de esto existen en Francia 1.472 centros denominados centros de salud, de los cuales 700 sólo ofertan cuidados de enfermería, 230 ofrecen cuidados médicos, 400 prestan cuidados dentales y 142 son polivalentes. El 15% son gestionados por los municipios, el 25% por una mutua, otro 25% por una congregación y un 10% por organismos diversos.
- En aquellos centros que son multidisciplinarios ofertan actividades preventivas (consultas orientadas a pacientes alcohólicos y toxicómanos, consultas anónimas y gratuitas sobre SIDA, consultas para adolescentes, planificación, vacunas, despistaje de tumores, etc.) promoción de salud (educación para la salud, información en escuelas, hogares de jubilados, programas de salud prevalentes) y servicios curativos.
- Para este tipo de centros de salud la participación de la comunidad se sitúa en el centro de sus objetivos, por lo que los representantes de la comunidad se asocian al centro de salud a través de los consejos de administración.

### **3.2. La Declaración de Alma–Ata (1978) y la Carta de Ottawa (1986).**

Ambos instrumentos se complementan y son fundamentales para fijar las materias y obligaciones que hoy en día son de incumbencia de la atención primaria de salud, teniendo en cuenta, además, que desde 1978 se ha ido reconociendo la relevancia de varias otras cuestiones para el goce de un adecuado nivel de salud, como el género, el medio ambiente, la discapacidad, la salud mental, los sistemas tradicionales de salud, el papel del sector privado, la rendición de cuentas, entre otras.

Por una parte, la Declaración de Alma–Ata sobre Atención Primaria de Salud –de notable vigencia actual– constituyó uno de los primeros intentos por unificar las ideas acerca de la salud dentro de un único marco de política. Acordada por los Ministros de Salud de todo el mundo y aprobada el 12 de septiembre de 1978 en la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, esa Declaración fundamental no está orientada a abordar los sistemas de salud en su totalidad, sino que se centra en algunos componentes esenciales de un sistema de salud eficaz y sigue siendo de gran actualidad en lo que se refiere al fortalecimiento de los sistemas de salud<sup>170</sup>.

Con todo, desde la aprobación de la Declaración de Alma–Ata, algunos de sus elementos han evolucionado. En ello adquiere relevancia la Carta de Ottawa para la promoción de la salud (1986), que estableció las bases de la promoción moderna de la salud, cuyos límites se deben entender mucho más allá de un sector de la salud orientado tan solo a la curación. De tal manera, la Carta destaca el papel esencial de la prevención y la promoción multisectoriales en relación con muchos problemas de salud<sup>171</sup>, siendo muy relevante para nuestro tema de tesis.

---

<sup>170</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/7/11, párrafo 21.

<sup>171</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/7/11, párrafo 26.

### **3.2.1. La Declaración de Alma-Ata (1978) sobre la APS<sup>172</sup>.**

La Declaración comienza por reafirmar de que la salud, que es un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades, es un derecho humano fundamental y que el logro del nivel de salud más alto posible es un objetivo social sumamente importante en todo el mundo, cuya realización requiere la intervención de otros muchos sectores sociales y económicos, además del sector de la salud.

En ella, hay varios temas principales recurrentes<sup>173</sup>, y todos ellos son pertinentes en relación con los sistemas de salud de los países desarrollados y los países en desarrollo, lo que le ha valido continuar plenamente vigente y recordada con fuerza por la OMS en el ya citado Informe sobre la salud en el mundo 2008:

- i) la importancia de la equidad;
- ii) la necesidad de la participación comunitaria;
- iii) la necesidad de un enfoque multisectorial de los problemas de salud;
- iv) la necesidad de una planificación eficaz;
- v) la necesidad de redes de consultorios integradas;
- vi) la especial atención a las actividades de promoción de la salud;
- vii) el papel fundamental del personal con formación adecuada;
- viii) la importancia de la cooperación internacional.

De acuerdo a la Declaración la grave desigualdad existente en el estado de salud de la población, especialmente entre los países en vías de desarrollo y los desarrollados, así como dentro de cada país, es inaceptable política, social y económicamente, y es, por lo tanto, una preocupación común para todos los países, diagnóstico que sigue plenamente vigente.

---

<sup>172</sup> La aprobación de esta Declaración constituyó el momento culminante de la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, patrocinada conjuntamente por la OMS y UNICEF. Texto completo de la Declaración disponible en <http://www.inclusion-ia.org/espa%F1ol/Norm/AlmaAta-02-1.pdf> (visitado el 29 de agosto de 2011).

<sup>173</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/7/11, párrafo 22.

### **3.2.1.1. La APS de acuerdo a la Declaración de Alma-Ata.**

**¿Qué es la APS?** La Declaración consagra en su párrafo VI que la APS es la asistencia sanitaria esencial basada en métodos y tecnologías prácticos, científicamente fundados y socialmente aceptables, puesta al alcance de todos los individuos y familias de la comunidad, mediante su plena participación, y a un coste que la comunidad y el país puedan soportar, en todas y cada una de las etapas de su desarrollo, con un espíritu de autoconfianza y autodeterminación.

De tal manera, forma parte integrante, tanto del sistema nacional de salud, del que constituye la función central y el núcleo principal, como del desarrollo económico y social global de la comunidad. Es el primer nivel de contacto de los individuos, la familia y la comunidad con el sistema nacional de salud, llevando la atención sanitaria lo más cerca posible al lugar donde viven y trabajan las personas, y constituye el primer elemento de un proceso continuado de asistencia sanitaria.

**¿A qué se dirige la APS?** Se dirige a los principales problemas de salud de la comunidad, y, de acuerdo con esto, provee servicios de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación<sup>174</sup>.

**¿Qué incluye la APS?** La Declaración destaca varias intervenciones de salud esenciales, indicando que la APS incluye por lo menos las siguientes, prácticamente todas ellas relevantes en relación con las enfermedades infecciosas<sup>175</sup>:

- i) la educación sobre los principales problemas de salud;
- ii) la promoción del suministro de alimentos y de una nutrición apropiada;
- iii) un abastecimiento adecuado de agua potable y saneamiento básico;
- iv) la asistencia materno-infantil, con inclusión de la planificación de la familia;
- v) la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas;
- vi) la prevención y lucha contra las enfermedades endémicas locales;
- vii) el tratamiento apropiado de las enfermedades y traumatismos comunes;

---

<sup>174</sup> Declaración de Alma-Ata, párrafo VII, numeral 2.

<sup>175</sup> Declaración de Alma-Ata, párrafo VII, numeral 3.



viii) el suministro de medicamentos esenciales.

**¿Implica otros sectores además del sanitario?** Implica, además del sector sanitario, a todos los sectores y campos de actividad corresponsables del desarrollo nacional y comunitario, en particular la agricultura, la ganadería, la alimentación, la industria, la educación, la vivienda, las obras públicas, las comunicaciones y otros sectores; y exige los esfuerzos coordinados de todos esos sectores<sup>176</sup>.

**¿Quiénes deben participar?** La Declaración explicita que se requiere y fomenta en grado máximo la confianza en sí mismo y la participación del individuo y de la comunidad en la planificación, organización, funcionamiento y control de la atención primaria de salud, sacando el mayor partido posible de los recursos locales, nacionales y de otros recursos disponibles; y, con tal fin, desarrolla, mediante la educación apropiada, la capacidad de las comunidades para participar<sup>177</sup>.

### **3.2.1.2. Relación entre la medicina, la salud pública y los derechos humanos.**

Una de las características más llamativas de la Declaración es que abarca los ámbitos interrelacionados de la medicina, la salud pública y los derechos humanos, todos los cuales son fundamentales y deben ser abordados en la configuración del derecho humano a la atención primaria de la salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

Es así como la Declaración incluye aspectos de:

- la *atención médica*, como es el acceso a los medicamentos esenciales y las vacunas,
- la *salud pública*, como son la participación comunitaria y el acceso al agua potable, y
- los *derechos humanos*, en especial del derecho al más alto nivel posible de salud.

De tal manera, como lo graficó el ex Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt, la Declaración se sitúa en la intersección entre la medicina, la salud pública y los derechos humanos<sup>178</sup>,

---

<sup>176</sup> Declaración de Alma-Ata, párrafo VII, numeral 4.

<sup>177</sup> Declaración de Alma-Ata, párrafo VII, numeral 5.

<sup>178</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/7/11, párrafo 25.

constituyendo tanto la medicina como la salud pública facetas importantes del derecho humano en mención.

Esta convergencia se ve reforzada por la Observación General N°14 (2000) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del PIDESC) en cuyo párrafo 43 se dice que “la Declaración de Alma–Ata ofrece una orientación inequívoca en cuanto a las obligaciones básicas dimanantes del artículo 12”, relativo al derecho al más alto nivel posible de salud.

### **3.2.1.3. Relegación al olvido en años 80 y 90 y plena vigencia actual.–**

En su mayor parte, los principales mensajes de la Declaración de Alma–Ata quedaron relegados al olvido en los años ochenta y noventa del siglo pasado. Por distintas razones, hubo una reorientación hacia las intervenciones biomédicas verticales (o selectivas). Impulsados por la economía neoliberal, los programas de ajuste estructural dieron lugar a una reducción de los presupuestos de salud y a la introducción del cobro al usuario.

Como observó dramáticamente la OMS hace poco, respecto de aquellas políticas nacionales e internacionales llevadas adelante, “los resultados eran previsibles. Los pobres se vieron disuadidos de seguir un tratamiento y el sistema de cobro al usuario sólo generó ingresos limitados. Además, el mantenimiento de una red de hospitales y dispensarios con recursos insuficientes, al tiempo que los programas verticales, cada vez atraían más recursos humanos y económicos, aumentaron la presión sobre los sistemas de salud llevándolos a veces al borde del hundimiento”<sup>179</sup>.

El ya citado ex Relator Especial Paul Hunt, indica lapidariamente que “la comunidad internacional tardó hasta el final del siglo en afrontar la realidad de que gestionar los sistemas de salud con un presupuesto de 10 dólares de los EE.UU. por habitante, o menos, no es una propuesta viable” y, asimismo, vinculado a las enfermedades infecciosas, indica que: “En los últimos años ha aumentado considerablemente la cantidad de fondos internacionales disponibles para la salud. Algunos Estados también

---

<sup>179</sup> OMS, *Everybody's Business: Strengthening...*, Op. Cit., p. 9.

han incrementado la financiación nacional de la salud. Gran parte del aumento de las inversiones de asociados externos, como el Fondo Mundial de Lucha contra el SIDA, la Tuberculosis y la Malaria y la Alianza GAVI, se ha centrado en enfermedades y afecciones específicas. Sin embargo, estas iniciativas han puesto de manifiesto (algunos dirían que han agravado) el estado de deterioro de muchos sistemas de salud. Se ha empezado a caer en la cuenta de que estas iniciativas específicas no pueden prosperar si no existen sistemas de salud eficaces y sólidos”<sup>180</sup>.

De tal manera, han vuelto los ojos a la Declaración de Alma–Ata puesto que sus postulados se encuentran plenamente vigentes, como lo atestigua, entre otros, la propia OMS, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, los Objetivos de la Declaración del Milenio e incluso, los anhelos incumplidos de la propia Declaración de Alma–Ata, cuando presagió en 1978 que “es posible alcanzar un nivel aceptable de salud para toda la humanidad en el año 2000 mediante una utilización mejor y más completa de los recursos mundiales, de los cuales una parte considerable se destina en la actualidad a armamento y conflictos militares”, que lamentablemente no se ha cumplido y permanece como un desafío pendiente hoy más que nunca.

Su plena vigencia queda de manifiesto cuando el Comité PIDESC establece nada más ni nada menos a los postulados de la Declaración de Alma–Ata como una orientación inequívoca de las obligaciones básicas dimanantes del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como lo indicamos previamente en el párrafo 3.1 de esta tesis. Pero incluso más relevante para demostrar su plena vigencia lo es cuando el propio Comité PIDESC<sup>181</sup> declara aquellas obligaciones básicas del párrafo 43, como de carácter inderogable, es decir que un Estado Parte no puede nunca ni en ninguna circunstancia justificar su incumplimiento, y de incumplirlo constituye una violación del derecho a la salud.

---

<sup>180</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/7/11, párrafos 29-30.

<sup>181</sup> Observación General Nº14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafos 47-48.

### 3.2.2. Carta de Ottawa para la promoción de la salud<sup>182</sup> y su relevancia.

Además de la Declaración de Alma-Ata, también cumple un papel decisivo para configurar lo que hoy en día constituyen las preocupaciones y objetivos de la atención primaria de salud –y sus postulados contribuyen en la configuración de los elementos esenciales del derecho humano objeto de la tesis– la Carta de Ottawa, de 1986.

Ella tiene el gran mérito de cristalizar el concepto de promoción de la salud y establecer las bases para la promoción moderna de salud<sup>183</sup>, que surge como respuesta a la necesidad de buscar un nuevo acercamiento a los múltiples problemas de salud que aún hoy exigen solución en todas las partes del globo y por ello mantiene plena vigencia. La Asamblea Mundial de la Salud, en la ya citada Resolución 62.12, de 2009, sobre “Atención primaria de salud, incluido el fortalecimiento de los sistemas de salud”, hace explícita mención a la Carta de Ottawa y recuerda las subsiguientes resoluciones pertinentes de los comités regionales de la OMS y de la Asamblea Mundial de la Salud<sup>184</sup>, respecto de las cuales sus postulados continúan ejerciendo decisiva influencia.

De hecho la relevancia de la promoción de la salud, queda de manifiesto que luego de su consagración en Ottawa, ha continuado siendo objeto central de atención de otras cinco conferencias internacionales: Adelaida (Australia), 1988; Sundsvall (Suecia),

---

<sup>182</sup> Adoptada en el marco de la Primera Conferencia Internacional de Promoción de la Salud, en Ottawa, el 21 de noviembre de 1986. Fue co-patrocinada por la Organización Mundial de la Salud, la Asociación Canadiense de Salud Pública y el Ministerio de Salud y Bienestar Social de Canadá. En ella se reunieron 212 delegados de 38 países [entre ellos: Antigua, Australia, Austria, Bélgica, Bulgaria, Canadá, Checoslovaquia, Dinamarca, Escocia, **España**, Estados Unidos de América, Finlandia, Irlanda, Irlanda del Norte, Islandia, Israel, Italia, Japón, Malta, Nueva Zelanda, Noruega, República Democrática Alemana, República Federal de Alemania, Polonia, Portugal, Rumanía, St. Kirts-Nevis, Sudán, Suecia, Suiza, Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas y Yugoslavia]. Disponible en <http://webs.uvigo.es/mpsp/rev01-1/Ottawa-01-1.pdf> (visitado el 29 de agosto de 2011).

<sup>183</sup> El Glosario de la Promoción de la Salud de la OMS señala con respecto a la promoción de la salud: “La promoción de la salud constituye un proceso político y social global que abarca no solamente las acciones dirigidas directamente a fortalecer las habilidades y capacidades de los individuos, sino también las dirigidas a modificar las condiciones sociales, ambientales y económicas, con el fin de mitigar su impacto en la salud pública e individual. La promoción de la salud es el proceso que permite a las personas incrementar su control sobre los *determinantes de la salud* y en consecuencia, mejorarla. La participación es esencial para sostener la acción en materia de promoción de la salud. La **Carta de Ottawa** identifica tres estrategias básicas para la promoción de la salud. Éstas son la *abogacía* por la salud con el fin de crear las condiciones sanitarias esenciales antes indicadas; *facilitar* que todas las personas puedan desarrollar su completo potencial de salud; y *mediar* a favor de la salud entre los distintos intereses encontrados en la sociedad. Estas estrategias se apoyan en cinco áreas de acción prioritarias, contempladas en la **Carta de Ottawa** para la promoción de la salud: Establecer una *política pública saludable*; Crear *entornos que apoyen la salud*; Fortalecer la *acción comunitaria para la salud*; Desarrollar las *habilidades personales*; y Reorientar los servicios sanitarios” (OMS, *Promoción de la Salud Glosario* (WHO/HEP/HEP/98.1), Ginebra, OMS, 1998, p.10).

<sup>184</sup> WHA54.13, WHA56.6, WHA57.19, WHA58.17, WHA58.33, WHA60.22, WHA60.24, WHA60.27, WHA61.17 y WHA61.18.

1991; Yakarta, 1997; México, D.F., 2000; y Bangkok, 2005. Su crucial rol ha sido destacado por la Asamblea Mundial de la Salud<sup>185</sup> al reconocer que “la promoción de la salud es indispensable para alcanzar las metas de los objetivos de desarrollo relacionados con la salud acordados internacionalmente, incluidos los que figuran en la Declaración del Milenio, está íntimamente relacionada con la labor de la Comisión OMS sobre Determinantes Sociales de la Salud, y contribuye de manera importante al logro de los objetivos del Undécimo Programa General de Trabajo<sup>186</sup>”;

### **3.2.2.1. Bases para la promoción moderna de la salud.**

La Carta de Ottawa consagra que la promoción de la salud es el proceso de capacitar a las personas para que aumenten el control sobre su salud, y para que la mejoren y que, para alcanzar un estado adecuado de bienestar físico, mental y social un individuo o grupo debe ser capaz de identificar y realizar sus aspiraciones, de satisfacer sus necesidades y de cambiar o adaptarse al medio ambiente. De tal manera resulta fundamental respecto de este concepto cristalizado en la Carta de Ottawa que:

→ La salud se percibe no como el objetivo, sino como la fuente de riqueza de la vida cotidiana. Se trata por tanto de un concepto positivo que acentúa los recursos sociales y personales así como las aptitudes físicas.

→ Dado que el concepto de salud como bienestar trasciende la idea de formas de vida sanas, la promoción de la salud no concierne exclusivamente al sector sanitario.

Por tanto, de acuerdo a la Carta en definitiva, –y con plena aplicación y validez en la lucha contra las enfermedades infecciosas– ello redundará en que “el papel del sector

---

<sup>185</sup> Véase la parte considerativa de la Resolución WHA60.24, de 2007, sobre la “Promoción de la salud en un mundo globalizado”.

<sup>186</sup> El Undécimo Programa General de Trabajo, 2006-2015, aprobado por la Asamblea Mundial de la Salud en su resolución WHA59.4, presenta una perspectiva a largo plazo sobre los problemas sanitarios y las medidas necesarias para superarlos. A este respecto, establece un programa de acción sanitaria mundial –fundamental en la lucha contra las enfermedades infecciosas– para todas las partes interesadas, en el que se destacan las esferas prioritarias siguientes: inversión en salud para reducir la pobreza; creación de condiciones de seguridad sanitaria a nivel individual y mundial; promoción de la cobertura universal, la igualdad de género y los derechos humanos relacionados con la salud; afrontamiento de los determinantes de la salud; fortalecimiento de los sistemas de salud y el acceso equitativo; aprovechamiento de los conocimientos, la ciencia y la tecnología, y refuerzo de la gobernanza, el liderazgo y la rendición de cuentas.

sanitario debe orientarse cada vez más hacia una promoción de la salud, más allá de su responsabilidad de prestar servicios clínicos y curativos. Es necesario que los servicios sanitarios asuman un enfoque amplio que sea sensible a las necesidades culturales y las respete. Este enfoque debería hacer soporte a las necesidades de las personas y las comunidades de cara a una vida más sana, y abrir cauces de relación entre el sector sanitario y los componentes sociales, políticos, económicos y del ambiente físico, más amplios”.

### **3.2.2.2. Requisitos previos para la salud.**

La Carta establece que las condiciones y requisitos para la salud son: la paz, la educación, la vivienda, la alimentación, la renta, un ecosistema estable, la justicia social y la equidad. E indica que cualquier mejora de la salud ha de basarse necesariamente en estos prerrequisitos.

De tal manera, la Carta previene que “resulta imposible alcanzar un potencial de salud pleno si no se pueden controlar aquellos aspectos que determinan la salud”. Lo consagrado aquí en la Carta de Ottawa respecto de la promoción de la salud y la necesidad de atender a los requisitos que condicionan a la salud de toda persona tiene un notable desarrollo actual –fundamental en la lucha contra las enfermedades infecciosas– y gran vigencia. Prueba de ello que:

→ El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General N°14, del año 2000, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC) se refiere a los “*principales factores determinantes de la salud*”. Interpreta al efecto que el derecho a la salud definido en el apartado 1<sup>187</sup> del artículo 12 del PIDESC es “un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada sino también los principales factores determinantes de la salud, como el acceso al agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, el suministro adecuado de alimentos sanos, una nutrición adecuada, una vivienda adecuada, condiciones sanas en el trabajo y el medio ambiente, y acceso a la educación e información sobre cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y

---

<sup>187</sup> Artículo 12.1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

reproductiva”<sup>188</sup>. Asimismo el Comité al abordar el apartado c del párrafo 2 del artículo 12 del PIDESC relativo a la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas, asevera “se promuevan los factores sociales determinantes de la buena salud, como la seguridad ambiental, la educación, el desarrollo económico y la igualdad de género”.

→ La OMS por iniciativa de su Director General<sup>189</sup> creó en el año 2005 la Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud. Los antecedentes, objetivo principal y el Informe elaborado por ella se resume a continuación:

**Antecedentes para crear Comisión.** Se indica que “Las condiciones sociales en que vive una persona influyen sobremanera en sus posibilidades de estar sana. En efecto, circunstancias como la pobreza, la inseguridad alimentaria, la exclusión y discriminación sociales, la mala calidad de la vivienda, las condiciones de falta de higiene en los primeros años de vida y la escasa calificación laboral constituyen factores determinantes de buena parte de las desigualdades que existen entre países y dentro de ellos por lo que respecta al estado de salud, las enfermedades y la mortalidad de sus habitantes”<sup>190</sup>.

**Objetivo principal de la Comisión.** Queda fijado que el objetivo principal de la Comisión “consistirá en inducir un cambio de rumbo normativo haciendo lo necesario para que los actuales conocimientos en materia de salud pública se plasmen en políticas mundiales y nacionales que puedan llevarse a la práctica. Para ello, reunirá datos contrastados sobre los principales factores sociales que influyen negativamente en la salud y sobre políticas e intervenciones para contrarrestarlos. La Comisión formulará recomendaciones para que los Estados Miembros y las instancias mundiales que trabajan sobre la salud conozcan y apliquen políticas eficaces en pro de la equidad.

---

<sup>188</sup> Observación General N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 11.

<sup>189</sup> Véase la alocución del Director General de la OMS ante la 57ª Asamblea Mundial de la Salud (A57/3), celebrada en Ginebra, el 18 de mayo de 2004.

<sup>190</sup> Nota de la Secretaría de la Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud, dirigida al Consejo Ejecutivo de la OMS (EB115/35), el 25 de noviembre de 2004, párrafo 1.

También contribuirá a un proceso que a la larga sirva para incorporar los determinantes sociales de la salud en el trabajo normativo, técnico y de planificación de la OMS”<sup>191</sup>.

**Informe de la Comisión.** El año 2008 la Comisión emite su Informe Final<sup>192</sup> que comprende conclusiones y recomendaciones generales<sup>193</sup>.

La principal conclusión se refiere a que “para cumplir muchos objetivos vinculados a enfermedades concretas, entre ellos los Objetivos de Desarrollo del Milenio relacionados con la salud, y para controlar y eliminar epidemias que ponen en peligro a poblaciones enteras, resulta indispensable actuar sobre los determinantes sociales. La mayoría de las afecciones prioritarias para la salud pública tienen en común una serie de determinantes sociales básicos, entre ellos los que inciden en la exposición a los riesgos, la vulnerabilidad a las enfermedades, el acceso a la atención sanitaria y las consecuencias de las afecciones sufridas. Existen grandes oportunidades para trabajar colectivamente sobre esos determinantes, desde dentro y desde fuera de los sistemas sanitarios. En este sentido, para cumplir los Objetivos de Desarrollo del Milenio, reducir los niveles de inequidad sanitaria y mejorar el estado general de salud de la población es preciso combatir de forma coordinada las afecciones importantes para la salud pública actuando dentro de sistemas robustos, basados en la atención primaria de salud”<sup>194</sup>.

Asimismo, el Informe presenta tres recomendaciones generales: mejorar las condiciones de vida; luchar contra la distribución no equitativa del poder, el dinero y los recursos, y medir la magnitud del problema, analizarlo y evaluar los efectos de las intervenciones;

→ La Sexta Conferencia Mundial sobre Promoción de la Salud, Bangkok 2005, elabora la Carta de Bangkok para el Fomento de la Salud en un Mundo Globalizado,

---

<sup>191</sup> Nota de la Secretaría de la Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud, dirigida al Consejo Ejecutivo de la OMS (EB115/35), el 25 de noviembre de 2004, párrafo 3.

<sup>192</sup> COMISION SOBRE DETERMINANTES SOCIALES DE LA SALUD, Op. Cit.

<sup>193</sup> Véase la resolución WHA 62.14, de la Asamblea Mundial de la Salud y el documento A62/9, que sintetiza las recomendaciones formuladas por la Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud, en su Informe final.

<sup>194</sup> Documento de la Asamblea Mundial de la Salud A62/9, párrafo 9.



contextualizando la promoción de la salud en un mundo actual diferente<sup>195</sup> al existente al concebirse la Carta de Ottawa.

### **La promoción de la salud se centra en lograr la equidad en la salud.**

La Carta de Ottawa establece que “la acción de promoción de la salud tiene como objetivo reducir las diferencias en el estado actual de la salud y asegurar recursos y oportunidades iguales que capaciten a todo el mundo para alcanzar el máximo potencial de salud. Esto incluye una base sólida en un ambiente de apoyo, acceso a la información, habilidades vitales y oportunidades de hacer elecciones sanas”, lo cual por cierto “debe aplicarse por igual a mujeres y a hombres”.

La equidad sanitaria se encuentra estrechamente vinculada con la necesidad de actuar sobre los determinantes sociales de la salud. Según la OMS, mediante intervenciones comportamentales, sociales, normativas y ambientales, la promoción de la salud ha contribuido a introducir cambios positivos en los hábitos de la gente relacionados con la salud, que han ayudado a su vez a reducir algunas causas de mortalidad y morbilidad como en el caso de las enfermedades infecciosas y el VIH/SIDA<sup>196</sup>. En todo caso, la OMS<sup>197</sup> reconoce que los beneficios de la promoción de la salud son más evidentes entre las personas que gozan de una mejor situación socioeconómica, de ahí la acuciante necesidad de complementar los programas que reducen los factores de riesgo con políticas que creen condiciones favorables a la salud entre los grupos vulnerables de la población.

De tal manera, la equidad sanitaria se encuentra actualmente en el centro de los esfuerzos de la OMS. Su Director General dirigiéndose a la Asamblea Mundial de la

---

<sup>195</sup> En cuanto al seguimiento de los compromisos de la Carta de Bangkok, el informe de la Secretaría de la Asamblea Mundial de la Salud, documento A60/18, de 22 de marzo de 2007, titulado “Promoción de la salud en un mundo globalizado”, destaca el papel de la promoción de la salud en el programa mundial de desarrollo, y confirma que se prestará apoyo a los Estados Miembros de la OMS a fin de que desarrollen e implementen proyectos piloto para abordar las causas sociales y económicas de la mala salud, contribuir al logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio, y articular una respuesta eficaz frente a las emergencias de salud pública, de gran actualidad por la rapidez de propagación de las epidemias en el contexto global.

<sup>196</sup> OMS, *Reducir los riesgos y promover una vida sana*, Informe sobre la salud en el mundo 2002, Ginebra, OMS, 2002.

<sup>197</sup> Documento de la Asamblea Mundial de la Salud A60/18, de 2007, párrafo 2.

Salud<sup>198</sup> el año 2004 indicó que “el defecto más grave de los actuales sistemas de salud es la falta de equidad, tanto en el interior de los países como entre ellos”, y para contextualizar la relevancia de este tema indicó que “la existencia de servicios de salud adecuados no sólo es esencial para el logro de los tres Objetivos de Desarrollo del Milenio relacionados específicamente con la salud, sino que también es muy importante para la realización de los otros cinco objetivos”.

**La reducción de las inequidades sanitarias.** Recientemente, la Asamblea Mundial de la Salud dictó una resolución denominada “Reducir las inequidades sanitarias actuando sobre los determinantes sociales de la salud”<sup>199</sup>. En ella primeramente expresa su gratitud por la labor realizada por la Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud y luego insta a los Estados Miembros –entre otras materias– a:

- que luchen contra las inequidades sanitarias en los países y entre éstos mediante el compromiso político sobre el principio fundamental de interés nacional de «subsana las desigualdades en una generación», según corresponda, y coordinen y gestionen las acciones intersectoriales en pro de la salud con el fin de incorporar la equidad sanitaria en todas las políticas y, si corresponde, mediante la aplicación de instrumentos para cuantificar el impacto en la salud y en la equidad sanitaria;
- a que desarrollen y apliquen objetivos y estrategias para mejorar la salud pública, centrándose en las inequidades sanitarias;
- a que tengan en cuenta la equidad sanitaria en todas las políticas nacionales relativas a los determinantes sociales de la salud, y consideren la posibilidad de establecer políticas de protección social integrales y universales, y de fortalecerlas que prevean el fomento de la salud, la prevención de la morbilidad y la atención sanitaria, y promuevan la disponibilidad y el acceso universales a los bienes y servicios esenciales para la salud y el bienestar;

Por último, es preciso remitirse al Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales del PIDESC, que establece que el derecho a la salud en todas sus formas y a

---

<sup>198</sup> Documento de la Asamblea Mundial de la Salud A57/3, párrafo 14.

<sup>199</sup> WHA62.14, de 22 de mayo de 2009.

todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados<sup>200</sup>, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte:

- a) *Disponibilidad* de un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas; b) *Accesibilidad*, en cuanto los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte; c) *Aceptabilidad*, relativo a que todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados; y d) *Calidad*, es decir, que además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad.

En definitiva, el Comité indica dentro de las obligaciones de los Estados Parte la de “velar por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas”<sup>201</sup>.

### **3.2.2.3. Promoción de la salud no es sólo responsabilidad del sector sanitario.**

La Carta de Ottawa enfatiza con claridad que el sector sanitario no garantiza por sí solo los requisitos previos que condicionan la salud ni las perspectivas de futuro para la salud, de modo que la promoción de la salud va más allá de los estilos de vida saludables para llegar al bienestar.

Y lo que es aún más importante, “la promoción de la salud exige una acción coordinada por parte de todos los implicados: gobiernos, sectores sanitarios y otros sectores sociales y económicos, organizaciones no gubernamentales y de voluntariado, autoridades locales, industria y medios de comunicación”, y que además “están implicadas las personas de todos los ámbitos, como individuos, familias y comunidades. Los grupos profesionales y sociales y el personal sanitario tienen una mayor responsabilidad de mediar entre distintos intereses dentro de la sociedad para la consecución de la salud”. Ello por cuanto no puede dejarse de lado en cualquier análisis, como lo señala la propia

---

<sup>200</sup> Observación General N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 12.

<sup>201</sup> Observación General N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 36.

Carta de Ottawa, que “nuestras sociedades son complejas e interrelacionadas”, todo lo cual se ha ido acentuando aún más con el proceso de globalización.

En línea con la Carta de Ottawa, la OMS en el marco de la 60ª Asamblea Mundial de la Salud ha indicado que “aunque el sector de la salud es fundamental para dirigir la formulación de políticas y la creación de alianzas en pro de la salud, la **responsabilidad básica** de abordar los determinantes de la salud incumbe a los distintos ministerios y sectores del gobierno. Las medidas en ese sentido sólo serán eficaces cuando sea todo el gobierno el que se comprometa a aplicarlas. En colaboración con los Estados Miembros, se reunirán ejemplos de prácticas adecuadas y modelos y métodos para aplicar el enfoque basado en los determinantes de la salud”<sup>202</sup>.

**Obligaciones de carácter nacional e incluso global.** El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales indica que al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes<sup>203</sup>: la obligación de *respetar, proteger y cumplir*, lo cual será desarrollado más esquemáticamente en el capítulo cuarto y quinto de esta tesis.

Por ahora nos interesa dejar de manifiesto que dicho Comité hace expresa mención en su Observación General N°14 a la importancia de la promoción de la salud al referirse que la obligación de cumplir –aquella que requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud– comprende la obligación de facilitar, proporcionar y promover destacando al efecto que “según las observaciones generales N°12 y N°13, la obligación de cumplir incorpora una obligación de *facilitar* y una obligación de *proporcionar*. En la presente observación general, la obligación de cumplir también incorpora una obligación de *promover* habida cuenta de la importancia crítica de la promoción de la salud en la labor realizada por la OMS y otros organismos”<sup>204</sup>.

---

<sup>202</sup> Documento de la Asamblea Mundial de la Salud A60/18, de 2007, párrafo 10.

<sup>203</sup> Véase Observación General N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafos 34-37.

<sup>204</sup> Observación General N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 33, nota al pie de página n.º 23.

En seguida, el mismo Comité detalla específicamente la obligación de promover que incorpora la obligación de cumplir en lo referente al derecho a la salud, indicando para el efecto que dicha promoción requiere que los Estados emprendan actividades para promover, mantener y restablecer la salud de la población, entre las que figuran las siguientes<sup>205</sup>:

- i) fomentar el reconocimiento de los factores que contribuyen al logro resultados positivos en materia de salud, por ejemplo la realización de investigaciones y el suministro de información;
- ii) velar por que los servicios de salud sean apropiados desde el punto de vista cultural y el personal sanitario sea formado de manera que reconozca y responda a las necesidades concretas de los grupos vulnerables o marginados;
- iii) velar por que el Estado cumpla sus obligaciones en lo referente a la difusión de información apropiada acerca de la forma de vivir y la alimentación sanas, así como acerca de las prácticas tradicionales nocivas y la disponibilidad de servicios;
- iv) apoyar a las personas a adoptar, con conocimiento de causa, decisiones por lo que respecta a su salud.

Por último la Carta de Ottawa ya en 1986 prevenía la complejidad de las tareas al señalar que “debe enfatizarse la conservación de los recursos naturales del mundo como una responsabilidad global” y que “es esencial una evaluación sistemática del impacto sobre la salud que tiene un medio ambiente rápidamente cambiante –sobre todo en los sectores de la tecnología, el trabajo, la producción de energía y la urbanización–, que debe ir acompañada de actuaciones que aseguren beneficios para la salud del público. Toda estrategia de promoción de la salud debe orientarse a la protección de los ambientes naturales y contruidos y la conservación de los recursos naturales”.

Esto tiene mucha relevancia en relación con la prevención de las enfermedades infecciosas y en línea con la Carta de Ottawa el Comité de Derechos Económicos,

---

<sup>205</sup> Observación General N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 37.

Sociales y Culturales se ha referido a la obligación que tienen los Estados de adoptar medidas contra los peligros que para la salud representan la contaminación del medio ambiente y las enfermedades profesionales, así como también contra cualquier otra amenaza que se determine mediante datos epidemiológicos. Para ello, “los Estados deben formular y aplicar políticas nacionales con miras a reducir y suprimir la contaminación del aire, el agua y el suelo, incluida la contaminación causada por metales pesados tales como el plomo procedente de la gasolina. Asimismo, los Estados Partes deben formular, aplicar y revisar periódicamente una política nacional coherente destinada a reducir al mínimo los riesgos de accidentes laborales y enfermedades profesionales, así como formular una política nacional coherente en materia de seguridad en el empleo y servicios de salud”<sup>206</sup>.

#### **3.2.2.4. Participación y empoderamiento de la población.**

La Carta de Ottawa enfatiza la necesidad de aceptar a la comunidad como la voz principal en las cuestiones relacionadas con su salud, condiciones de vida y bienestar y que “la promoción de la salud funciona mediante acciones comunitarias concretas y efectivas para establecer prioridades, tomar decisiones, planificar estrategias y aportar medios para lograr una salud mejor” y que “en el corazón de este proceso está el empoderamiento de las comunidades”.

Asimismo, la Carta de Ottawa previene que “es esencial capacitar a la población para que aprenda, a lo largo de su vida, a prepararse de cara a todas y cada una de las etapas de la misma, y a afrontar las enfermedades”, lo cual “ha de hacerse posible en los ambientes escolares, hogareños, laborales y comunitarios”, siendo, “necesarias acciones mediante los cuerpos educativos, profesionales, comerciales y de voluntariado, y dentro de las propias instituciones”.

Actualmente por ejemplo en las escuelas, en lo que respecta al VIH/SIDA, la OMS se empeña en colaborar con importantes interesados directos para seguir reforzando la promoción de la salud en las escuelas, procediendo para ello a identificar las medidas prioritarias y a desarrollar modelos y métodos que permitan combatir las causas de la mala salud. Esto se añade a las actividades ya existentes de la OMS, entre las que se

---

<sup>206</sup> Observación General N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 36.

cuentan el estudio mundial de la salud de los alumnos en las escuelas, la formación de los profesores en materia de prevención de la infección por VIH, y las actividades tendentes a ampliar el número de escuelas promotoras de la salud<sup>207</sup>. Del mismo modo, en los lugares de trabajo, la OMS se encuentra empeñada en elaborar una estrategia de promoción de la salud en el lugar de trabajo con aportaciones de las regiones y los países.

En lo que respecta concretamente a la reducción del riesgo de exposición humana al virus H5N1 –para demostrar la repercusión de la promoción de la salud–, la OMS ha puesto en marcha proyectos experimentales para abordar los factores sociales, económicos y ambientales que promueven la salud y ha anunciado que proseguirá la colaboración con la Unión Internacional de Fomento de la Salud y Educación Sanitaria y con otros asociados en lo que respecta a consolidar y difundir la evidencia disponible sobre la eficacia de las intervenciones de promoción de la salud<sup>208</sup>.

Por su parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>209</sup> ha señalado la importancia de la participación de la población en todo el proceso de adopción de decisiones sobre las cuestiones relacionadas con la salud en los planos comunitario, nacional e internacional, y la necesidad de que se establezcan programas de prevención y educación para hacer frente a las preocupaciones de salud que guardan relación con el comportamiento, como las enfermedades de transmisión sexual, en particular el VIH/SIDA, y las que afectan de forma adversa a la salud sexual y genésica.

#### **3.2.2.5. Responsabilidad compartida en la promoción de la salud en los servicios sanitarios.**

La Carta de Ottawa fija que la responsabilidad en la promoción de la salud en los servicios sanitarios “está compartida entre las personas, los grupos comunitarios, los profesionales de la salud, las instituciones de servicios sanitarios y los gobiernos” de modo que “todos ellos deben trabajar conjuntamente en la creación de un sistema de asistencia sanitaria que contribuya a la obtención de la salud”.

---

<sup>207</sup> Documento A60/18, de 22 de marzo, de 2007, párrafo 15.

<sup>208</sup> Documento A60/18, de 22 de marzo, de 2007, párrafo 16.

<sup>209</sup> Véase la Observación General N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafos 11 y 16.

Y este sistema, sin perjuicio de su responsabilidad de prestar servicios clínicos y curativos, debe orientarse cada vez más hacia una promoción de la salud como visionariamente lo contempló la Carta de Ottawa.

De acuerdo con la Carta –de gran actualidad y sintonía con lo preceptuado por la OMS en Informe sobre la Salud 2008 dedicado a la atención primaria de la salud– la reorientación de los servicios sanitarios exige igualmente que se preste mayor atención a la investigación sanitaria así como a los cambios en la educación y la formación profesional, lo cual necesariamente ha de producir un cambio de actitud y de organización de los servicios sanitarios de forma que giren en torno a las necesidades del individuo como un todo.

### **3.3. La APS y los Objetivos de Desarrollo del Milenio.**

Habiendo repasado en este capítulo las principales funciones que debe asumir en el sistema sanitario hoy en día la atención primaria de salud, sólo resta poner de manifiesto su estrecha vinculación con los Objetivos de Desarrollo del Milenio.

Cada vez se comprende mejor el derecho a la salud, el cual será desarrollado en el capítulo cuarto (4) de esta tesis. Indudablemente hay zonas grises, y también hay controversias y desacuerdos de buena fe, como en todos los campos de investigación, gozando este derecho actualmente de profundidad normativa y un mensaje constructivo y conciso respecto de la reducción de la pobreza, el desarrollo y los objetivos de desarrollo del Milenio<sup>210</sup>.

Precisamente en esta parte queremos fijar la atención en los objetivos de desarrollo del Milenio, por cuanto en ellos ejercen un rol absolutamente preponderante los relacionados con la salud, y suponen un punto de inflexión en el desarrollo internacional al representar un vigoroso consenso y compromiso entre las naciones ricas y pobres, con prioridades de acción claras y puntos de referencia para medir los progresos realizados.

---

<sup>210</sup> Documento de las Naciones Unidas A/59/422, párrafo 19.



### 3.3.1. Los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM).

Los objetivos de desarrollo del Milenio representan una de las estrategias más importantes de las Naciones Unidas. Como declaró el Secretario General en su informe que contiene la *guía general para la aplicación de la Declaración del Milenio* “los derechos económicos, sociales y culturales constituyen la esencia de todos los objetivos de desarrollo del Milenio relacionados con la reducción de la pobreza, la mitigación del hambre, el acceso al agua, la educación de los muchachos y las muchachas, la reducción de la mortalidad derivada de la maternidad y de los niños menores de 5 años de edad, la lucha contra el VIH/SIDA y otras graves enfermedades y el fomento de la igualdad entre los géneros y de la habilitación de la mujer”<sup>211</sup>.

#### 3.3.1.1. La Declaración del Milenio<sup>212</sup>.

La Declaración del Milenio de las Naciones Unidas fue aprobada por representantes de 189 Estados Miembros, incluidos 147 Jefes de Estado o de Gobierno, en la Cumbre del Milenio, celebrada en Nueva York en septiembre de 2000.

En ella se establecen principios y valores que rigen las relaciones internacionales en el nuevo siglo, y los representantes de los Estados de todo el mundo manifiestan que “la tarea fundamental a que nos enfrentamos hoy es conseguir que la mundialización se convierta en una fuerza positiva para todos los habitantes del mundo, ya que, si bien ofrece grandes posibilidades, en la actualidad sus beneficios se distribuyen de forma muy desigual al igual que sus costos”, al tiempo que reconoce “que los países en desarrollo y los países con economías en transición tienen dificultades especiales para hacer frente a este problema fundamental”<sup>213</sup>, siendo asimismo imperioso “atender las necesidades especiales de los países menos adelantados”<sup>214</sup>.

**3.3.1.1.1. Objetivos y compromisos.** Los objetivos mencionados en el Capítulo III de la Declaración –sobre el desarrollo y la erradicación de la pobreza– se conocen como

---

<sup>211</sup> Guía general para la aplicación de la Declaración del Milenio, contenida en documento de las Naciones Unidas A/56/326, párrafo 202.

<sup>212</sup> Aprobada mediante Resolución 55/2, de 13 de septiembre de 2000, de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

<sup>213</sup> Declaración del Milenio, párrafo 5.

<sup>214</sup> Declaración del Milenio, párrafo 15.

los objetivos de desarrollo del Milenio (ODM). El capítulo V –sobre los derechos humanos, la democracia y el buen gobierno– contiene seis compromisos del Milenio relativos a los derechos humanos. Así, los ocho objetivos de desarrollo del Milenio y los seis compromisos del Milenio con los derechos humanos son complementarios y se refuerzan mutuamente.

Desde que fue aprobada, la Declaración ha sido reafirmada en repetidas ocasiones, incluso en el consenso de Monterrey alcanzado en la Conferencia Internacional sobre la Financiación para el Desarrollo celebrada en 2002. Hoy día, toda la “familia” de las Naciones Unidas está dando prioridad urgente al logro de los objetivos. Para el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, desde que se fundaron las Naciones Unidas en 1945, no ha habido otro conjunto de compromisos internacionales ni objetivos de política a que se le haya prestado tanta atención ni tan sostenida, en el plano estratégico y sistémico<sup>215</sup>.

Muy importante para la trascendencia de la Declaración es que logra evidenciar que los problemas a que se enfrenta la humanidad están estrechamente relacionados entre sí y cada uno de ellos tiende a complicar la solución de uno o varios de los restantes. La guía general para la aplicación de la Declaración del Milenio, al principiar, da un ejemplo evidente, justamente referido a las enfermedades infecciosas<sup>216</sup>: “los conflictos y las enfermedades endémicas tienden a producirse en regiones cuyos habitantes son pobres e incultos, pero también actúan como poderosos inhibidores de la educación y el crecimiento económico. Esto no justifica una actitud derrotista. Más bien demuestra la importancia fundamental de establecer un enfoque amplio y una estrategia coordinada que aborden muchos problemas simultáneamente en varios frentes”.

#### **3.3.1.1.2. Ayuda al África frente a la propagación de enfermedades infecciosas.**

En el Capítulo VII de la Declaración del Milenio denominado “Atención a las necesidades especiales de África”, una de las cuatro decisiones<sup>217</sup> que adopta la Asamblea General de las Naciones Unidas es precisamente la de ayudar a África a

---

<sup>215</sup> Guía general para la aplicación de la Declaración del Milenio, párrafo 10.

<sup>216</sup> Guía general para la aplicación de la Declaración del Milenio, párrafo 3.

<sup>217</sup> Declaración del Milenio, párrafo 28.

aumentar su capacidad para hacer frente a la propagación de la pandemia del VIH/SIDA y otras enfermedades infecciosas.

Esto demuestra la importancia del tema de la tesis a nivel global, ratificado con el nuevo Reglamento Sanitario Internacional (2005) revisado en el capítulo 2, atendido el carácter global de la amenaza de propagación de las enfermedades infecciosas, que consolida la importancia de ayudar a África. Ello queda de manifiesto en la Guía General para la aplicación de la Declaración del Milenio según reproducimos a continuación.

i) Relativo al VIH/SIDA: “Si no contenemos la propagación del VIH/SIDA y nos esforzamos por prevenirla, presenciaremos una trágica y profunda desintegración de los marcos sociales, docentes, de gobierno y comerciales *en todo el mundo*, pero con mayor agudeza en África. El efecto de esta enfermedad es devastador para todos los sectores y todas las metas de desarrollo: la producción alimentaria, la educación para todos, el buen gobierno y la eliminación de la pobreza extrema. Y a medida que se debiliten las infraestructuras políticas, sociales y económicas, se exacerbarán los problemas existentes”<sup>218</sup>.

ii) Relativo a la conexión<sup>219</sup> entre VIH/SIDA y otras enfermedades infecciosas: “En abril de 2001, el Presidente de Nigeria fue anfitrión de la Cumbre africana sobre el VIH/SIDA, la tuberculosis y otras enfermedades infecciosas conexas en Abuja (Nigeria) donde se aprobó la Declaración en la Cumbre de Abuja. El mandato consiste en encontrar soluciones a la crisis del VIH/SIDA mediante asociaciones mundiales. Desde la Cumbre de Abuja se ha establecido un fondo mundial sobre el VIH/SIDA y la salud, y he nombrado un Enviado Especial para el VIH/SIDA en África”<sup>220</sup>.

iii) Relativo a las necesidades de carácter mundial: “Muchas de las necesidades de salud del mundo sólo pueden satisfacerse a nivel internacional, mediante aportaciones

---

<sup>218</sup> Guía general para la aplicación de la Declaración del Milenio, párrafo 254.

<sup>219</sup> Por ejemplo, según constata la Guía general para la aplicación de la Declaración del Milenio, la propagación del VIH/SIDA combinada con una resistencia creciente a los medicamentos generales, amenaza el control de la tuberculosis. De hecho, en 1999, en África murieron de tuberculosis 516.000 personas, de los cuales 305.000 también estaban infectados con el VIH.

<sup>220</sup> Guía general para la aplicación de la Declaración del Milenio, párrafo 256.

públicas a nivel mundial. Entre las aportaciones públicas a nivel mundial más fundamentales para la salud figuran la generación y difusión de conocimientos obtenidos mediante investigaciones, reformas efectivas de los sistemas de salud y la transferencia de nuevas tecnologías. Se requieren desesperadamente actividades de investigación y desarrollo de nuevos medicamentos para prevenir y controlar las enfermedades que afectan sobre todo a los países pobres”<sup>221</sup>.

#### **3.3.1.1.3. Decisión de velar por mayor coherencia y mejor cooperación en materia normativa.**

En el Capítulo VIII de la Declaración del Milenio denominado “Fortalecimiento de las Naciones Unidas”, una de las decisiones<sup>222</sup> que adopta la Asamblea General de las Naciones Unidas es la de “velar por que exista una mayor coherencia y una mejor cooperación en materia normativa entre las Naciones Unidas, sus organismos, las instituciones de Bretton Woods y la Organización Mundial del Comercio, así como otros órganos multilaterales, con miras a lograr criterios perfectamente coordinados en lo relativo a los problemas de la paz y el desarrollo”.

Para nuestra tesis resulta fundamental la complementación por una parte, entre el derecho a la salud y su protección ante la amenaza que representan las enfermedades infecciosas adoptados fundamentalmente en el marco de la Organización Mundial de la Salud y por la otra, las decisiones que se adopten especialmente en el marco de la Organización Mundial del Comercio. Por tanto por esta razón y por la relevancia que otorgamos a la necesaria armonía entre ambas –sin que se vea afectada u obstaculizada por ningún motivo la primera– es que se realza esta decisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Tanto en los capítulos precedentes, como en el actual, y también en los que vendrán a continuación en la tesis, será permanentemente abordado los acuerdos y decisiones adoptados en uno y otro ámbito –sanitario y comercial–, debido a que constituye en la actualidad un tema crucial para la adecuada protección del derecho humano propuesto.

---

<sup>221</sup> Guía general para la aplicación de la Declaración del Milenio, párrafo 259.

<sup>222</sup> Declaración del Milenio, párrafo 30.

### **3.3.1.2. Los ODM emanan de la Declaración del Milenio.–**

Como lo previene la propia guía general para la aplicación de la Declaración del Milenio, la mayoría de los objetivos establecidos en ella no eran nuevos, sino que dimanaban de las conferencias mundiales celebradas en el decenio de 1990 y del conjunto de normas y leyes internacionales codificado en los últimos 50 años y además, muestra que la mayor parte de los planes de acción necesarios para alcanzar esos objetivos ya han sido elaborados y aprobados por los Estados Miembros, a veces a título individual y a veces conjuntamente, en el marco de organizaciones y conferencias internacionales<sup>223</sup>.

Por consiguiente, no se necesitan más estudios técnicos o de viabilidad, sino que resta a los Estados demostrar la voluntad política de cumplir los compromisos contraídos y aplicar las estrategias ya formuladas. Lo que sí tiene la mayor relevancia es que se encuentran sistematizados, y desglosados con metas e indicadores asociados. Los objetivos de desarrollo del Milenio son 8:

**Objetivo 1:** Erradicar la pobreza extrema y el hambre;

**Objetivo 2:** Proporcionar enseñanza primaria universal;

**Objetivo 3:** Promover la igualdad entre los sexos y potenciar a la mujer;

**Objetivo 4:** Reducir la mortalidad infantil;

**Objetivo 5:** Mejorar la salud materna;

**Objetivo 6:** Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades;

**Objetivo 7:** Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente;

**Objetivo 8:** Asociación Mundial para el desarrollo.

Por tanto, los ocho objetivos representan una alianza entre los países desarrollados y los países en desarrollo resueltos, como se expone en la Declaración del Milenio, a “crear en los planos nacional y mundial un entorno propicio al desarrollo y a la eliminación de la pobreza”.

---

<sup>223</sup> Guía general para la aplicación de la Declaración del Milenio, párrafo 6.

Como se indica en el Anexo “Objetivos de desarrollo del milenio”, de la guía general para la aplicación de la Declaración del Milenio, para preparar dicho Informe de la Secretaría General de la ONU, se celebraron consultas entre los Estados Miembros de la Secretaría de las Naciones Unidas y representantes del FMI, la OCDE y el Banco Mundial a fin de armonizar la presentación de informes sobre los objetivos de desarrollo que figuran en la Declaración del Milenio y los objetivos de desarrollo internacionales.

A la postre, dicho grupo deliberó sobre las metas respectivas y determinados indicadores pertinentes con miras a preparar una serie general de indicadores para los objetivos de desarrollo del milenio, siendo el documento de referencia principal la sección III de la Declaración del Milenio sobre “El desarrollo y la erradicación de la pobreza”, y en definitiva son presentados en el Anexo de la Guía general para la aplicación de la Declaración del Milenio, desglosados en objetivos, metas e indicadores.

### **3.3.1.3. Objetivos, metas e indicadores de desarrollo relacionados con la salud.**

Una de las características más llamativas de los objetivos es la importancia que dan a la salud. De los ocho objetivos, cuatro (4) guardan relación directa con la salud:

- reducir la mortalidad infantil (objetivo 4);
- mejorar la salud materna (objetivo 5);
- combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades (objetivo 6);
- garantizar la sostenibilidad del medio ambiente (objetivo 7) <sup>224</sup>;

Otros dos (2) objetivos guardan estrecha relación con la salud:

- erradicar la pobreza extrema y el hambre (objetivo 1) <sup>225</sup>;
- fomentar una asociación mundial para el desarrollo (objetivo 8) <sup>226</sup>;

---

<sup>224</sup> Dos (2) de las tres (3) metas que contempla este objetivo están directamente relacionadas con nuestro tema de tesis. La meta n.º10: reducir a la mitad, para el año 2015, el porcentaje de personas que carezcan de acceso a agua potable y a servicios de saneamiento; y la meta n.º11: haber mejorado considerablemente, para el año 2020, la vida de por lo menos 100 millones de habitantes de tugurios.

<sup>225</sup> Su meta n.º1 consiste en reducir a la mitad, entre 1990 y 2015, el porcentaje de personas cuyos ingresos sean inferiores a un dólar por día.

<sup>226</sup> Hay varias metas de interés para nuestra tesis relacionadas con el objetivo 8. Una de ellas es crucial en la configuración del derecho humano a la atención primaria de la salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas, la **meta n.º17**: En cooperación con las empresas farmacéuticas, proporcionar acceso a los medicamentos esenciales en los países en desarrollo. Otras 2 también son importantes, la **meta n.º12**: Desarrollar aún más un sistema comercial y financiero abierto, basado en normas, previsible

Mientras los otros 2 tienen repercusiones directas en la salud:

- lograr la enseñanza primaria universal (objetivo 2);
- promover la igualdad entre los sexos y la autonomía de la mujer (objetivo 3);

Como lo fundamenta el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental<sup>227</sup>, los objetivos 2 y 3 tienen repercusiones directas en la salud, estando bien documentado que las niñas y las mujeres educadas se cuidan y alimentan mejor, y cuidan y alimentan mejor a sus hijos.

**Metas e indicadores sanitarios.**— Por lo menos 8 de las 16 metas y 17 de los 48 indicadores de los objetivos de desarrollo del Milenio son de carácter sanitario:

→ Objetivo 1.

- **Meta 2:** Reducir a la mitad, entre 1990 y 2015, el porcentaje de personas que padezcan hambre. *Indicador N°4:* Número de niños menores de cinco años de peso inferior al normal; *Indicador N°5:* Porcentaje de la población por debajo del nivel mínimo de consumo de energía alimentaria.

→ Objetivo 4.

- **Meta 5:** Reducir en dos terceras partes, entre 1990 y 2015, la mortalidad de los niños menores de cinco años. *Indicador N°13:* Tasa de mortalidad de los niños menores de cinco años; *Indicador N°14:* Tasa de mortalidad infantil; *Indicador N°15:* Porcentaje de niños de un año vacunados contra el sarampión.

→ Objetivo 5.

- **Meta 6:** Reducir, entre 1990 y 2015, la mortalidad materna en tres cuartas partes. *Indicador N°16:* Tasa de mortalidad materna; *Indicador N°17:* Porcentaje de partos con asistencia de personal sanitario especializado.

---

y no discriminatorio; y la **meta n.º13:** Atender las necesidades especiales de los países menos adelantados.

<sup>227</sup> Documento de las Naciones Unidas A/59/422, párrafo 11.

→ Objetivo 6.

- **Meta 7:** Haber detenido y comenzado a reducir, para el año 2015, la propagación del VIH/SIDA. *Indicador N°18:* Tasa de morbilidad del VIH entre las mujeres embarazadas de edades comprendidas entre los 15 y los 24 años; *Indicador N°19:* Uso de preservativos como porcentaje de la tasa de uso de anticonceptivos; *Indicador N°20:* Relación entre la asistencia a la escuela de niños huérfanos y la asistencia a la escuela de niños no huérfanos de 10 a 14 años;
- **Meta 8:** Haber detenido y comenzado a reducir, para el año 2015, la incidencia del paludismo y otras enfermedades graves. *Indicador N°21:* Tasas de morbilidad y mortalidad asociadas al paludismo; *Indicador N°22:* Proporción de la población de zonas de riesgo de paludismo que aplica medidas eficaces de prevención y tratamiento del paludismo; *Indicador N°23:* Tasas de morbilidad y mortalidad asociadas a la tuberculosis; *Indicador N°24:* Proporción de casos de tuberculosis detectados y curados con el tratamiento breve bajo observación directa (DOTS).

→ Objetivo 7.

- **Meta 10:** Reducir a la mitad, para el año 2015, el porcentaje de personas que carezcan de acceso a agua potable y a servicios de saneamiento. *Indicador N°30:* Proporción de la población con acceso sostenible a mejores fuentes de abastecimiento de agua, en zonas urbanas y rurales.
- **Meta 11:** Haber mejorado considerablemente, para el año 2020, la vida de por lo menos 100 millones de habitantes de tugurios. *Indicador N°31:* Proporción de la población urbana y rural, con acceso a mejores servicios de saneamiento.

→ Objetivo 8.

- **Meta 17:** En cooperación con las empresas farmacéuticas, proporcionar acceso a los medicamentos esenciales en los países en desarrollo. *Indicador N°46:* Proporción de la población con acceso estable a medicamentos esenciales a precios razonables;



También –de interés directo para nuestra tesis– forman parte del Objetivo 8 sin tener carácter estrictamente sanitario, las siguientes metas e indicadores:

- **Meta 12:** Desarrollar aún más un sistema comercial y financiero abierto, basado en normas, previsible y no discriminatorio;
- **Meta 13:** Atender las necesidades especiales de los países menos adelantados.

*Indicadores referidos a la Asistencia Oficial al Desarrollo. Indicador N°32:* La AOD neta como porcentaje del producto nacional bruto (INB) de los países donantes del Comité de Asistencia para el Desarrollo (CAD) de la OCDE (los objetivos son destinar el 0,7% del total del ingreso nacional bruto a la AOD y el 0,15% a los países menos adelantados); *Indicador N°33:* Proporción de la AOD destinada a los servicios sociales básicos (educación básica, atención primaria de la salud, nutrición, abastecimiento de agua potable y servicios de saneamiento).

#### **3.3.1.4. Aporte del derecho a la salud a los ODM.–**

En el Informe A/59/422, el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, en adelante el “Relator Especial”, abordó la salud en relación con los ODM.

Una de sus conclusiones<sup>228</sup> se refiere a que “el derecho a la salud proporciona un marco normativo explícito que refuerza los objetivos de desarrollo del Milenio relacionados con la salud, marco que dimana del derecho internacional relativo a los derechos humanos”, de manera que “respaldados por valores morales reconocidos universalmente y apuntalados por obligaciones jurídicas, el derecho internacional relativo a los derechos humanos constituye un marco normativo convincente para las políticas nacionales e internacionales encaminadas a la consecución de los objetivos”.

Según esta óptica, el derecho a la salud se encuentra llamado a ayudar a que los objetivos de desarrollo del Milenio beneficien efectivamente a los menos favorecidos y más vulnerables. Ello debería manifestarse en diversos aspectos tomados en cuenta por el Relator Especial en su Informe, algunos de los cuales destacamos a continuación.

---

<sup>228</sup> Documento de las Naciones Unidas A/59/422, párrafo 48.

**3.3.1.4.1. Conveniencia de desglosar datos de indicadores de salud.**— En su concepto los ODM relativos a la salud se expresan en términos de promedios sociales lo cual puede inducir a confusión, en cuanto el mejoramiento de los indicadores medios de salud podrían disimular un deterioro en grupos desfavorecidos, como por ejemplo, el objetivo de reducir la mortalidad materna en tres cuartas partes (objetivo 5).

Según el Relator Especial, los derechos humanos requieren que todos los datos pertinentes se desglosen por motivos de discriminación prohibidos, para poder vigilar la situación de los grupos vulnerables —mujeres que viven en la pobreza, pueblos indígenas, minorías, etc.— y formular políticas que aborden concretamente su desventaja. Los análisis de la situación nacional pueden determinar qué grupos vulnerables no se incluyen expresamente en los motivos de discriminación prohibidos previstos en el derecho internacional relativo a los derechos humanos, pero que, no obstante, requieren una atención particular<sup>229</sup>.

Y por tanto, aprovechando la experiencia del sistema internacional de derechos humanos sobre la no discriminación y la igualdad, el derecho a la salud está llamado a hacer un aporte particular al logro de los ODM relativos a la salud, que puede ayudar a definir políticas que garanticen que los objetivos relativos a la salud se logren para todas las personas y grupos, sobre todo los que padecen las mayores desventajas.

**3.3.1.4.2. Velar por que las intervenciones verticales refuercen los sistemas de salud.**— De acuerdo con el Relator Especial<sup>230</sup>, dado que la mayoría de los ODM se refieren a enfermedades específicas como el paludismo, tuberculosis y VIH/SIDA, o bien, se basan en condiciones de salud como la salud materna y salud infantil, ello redundaría en intervenciones verticales “con pocas opciones en materia de salud”, toda vez que “las intervenciones específicas de esta clase no son los elementos constitutivos más adecuados para el desarrollo a largo plazo de los sistemas de salud”, al extraer recursos limitados y sobrecargar una capacidad frágil que pueden poner en peligro el progreso hacia la meta de largo plazo de que el sistema de salud sea eficaz e inclusivo.

---

<sup>229</sup> Documento de las Naciones Unidas A/59/422, párrafo 22.

<sup>230</sup> Este acápite se basa en el Informe del Relator Especial contenido en el documento de las Naciones Unidas A/59/422, párrafos 26 y 27.

De tal manera, solamente “un examen adecuado del derecho a la salud, centrado en sistemas de salud eficaces, puede ayudar a garantizar que las intervenciones de salud verticales se hayan concebido de forma que contribuyan a que los sistemas de salud estén al alcance de todos, se consoliden y sean de mejor calidad”, de modo que logren reducir esas tendencias tecnocráticas y mejoren la participación de las personas y las comunidades menos favorecidas, elementos en definitiva claves para la consecución de los objetivos de desarrollo del milenio, en los cuales la atención primaria de salud juega un rol preponderante.

**3.3.1.4.3. Evitar el éxodo de profesionales de la salud del Sur al Norte.**— Está claro que los profesionales de la salud —médicos, personal de enfermería, parteras, técnicos, administradores, etc.— desempeñan una función indispensable en el sistema sanitario para el logro de los objetivos de desarrollo del Milenio relativos a la salud.

En este contexto, el Relator Especial<sup>231</sup> previene, entre otras materias, que el derecho a la salud se ve afectado por el éxodo de profesionales de la salud del Sur al Norte, con el consiguiente impacto que provoca nada menos que en el objetivo 8 —Asociación Mundial para el desarrollo— de los ODM, y advierte que las políticas de los países del Norte tienden a atraer a los profesionales de la salud de los países en desarrollo. Ante ello, el derecho a la salud puede ayudar a garantizar que se preste la debida atención a esas complejas cuestiones que afectan a los profesionales de la salud y que inciden directamente en el logro de los objetivos de desarrollo del Milenio en materia de salud.

El autor Solomon Benatar —en lo que respecta a esta situación desde el punto de vista ético— advierte la poca atención dispuesta al fomento de la migración de profesionales de la salud desde países pobres hacia países ricos, sin mediar ningún tipo de compensación por aquellas masivas pérdidas<sup>232</sup>.

**3.3.1.4.4. Obligaciones en asistencia y cooperación internacional hacia los países en desarrollo.**— Es preciso en este ámbito que cruza todos los ODM y en especial el objetivo 8 —asociación mundial para el desarrollo—, determinar que a los Estados

---

<sup>231</sup> Documento de las Naciones Unidas A/59/422, párrafo 29.

<sup>232</sup> BENATAR, Solomon R., “An examination of ethical aspects of migration and recruitment of health care professionals from developing countries”, *Clinical Ethics*, vol. 2, n.º 1, pp. 2-6, 2007.

desarrollados les incumben ciertas responsabilidades respecto de la realización del derecho a la salud en los países en desarrollo. He aquí otro aporte al que se encuentra llamado a cumplir el derecho a la salud respecto de los ODM, en cuanto el concepto de derechos humanos de la asistencia y la cooperación internacionales –estando plasmado en instrumentos internacionales vinculantes de derechos humanos– constituye un refuerzo jurídico del objetivo 8.

Según constata el Relator Especial, se trata de responsabilidades que dimanen, entre otras cosas, de las disposiciones relacionadas con la asistencia y la cooperación internacionales de los instrumentos internacionales de derechos humanos. Más importante aún, la asistencia y la cooperación internacionales no deben entenderse como aplicables exclusivamente a las esferas financiera y técnica, sino que también se refieren a la responsabilidad de los Estados desarrollados de trabajar activamente para lograr un orden internacional que conduzca a la eliminación de la pobreza y la realización del derecho a la salud en los países en desarrollo<sup>233</sup>.

Así, en su análisis, y aun cuando no están claramente establecidos los parámetros de la asistencia y la cooperación internacionales, sí es posible determinar las siguientes obligaciones por parte de aquellos Estados que se encuentren en condiciones de prestar asistencia<sup>234</sup>:

- Primero, *deben abstenerse de todo acto que pueda obstaculizar el ejercicio del derecho a la salud por los pobres y,*
- Segundo, *deben adoptar medidas para eliminar los obstáculos que se interpongan a la realización del derecho a la salud por los pobres.*

Por tanto, esto cobra gran relevancia para nuestra tesis, en especial respecto de aquellas materias relativas al comercio, las patentes farmacéuticas y la innovación y desarrollo, que pueden perjudicar el derecho a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas, por cuanto el foco de atención no recae en la asistencia financiera y técnica, sino por el contrario, en la obligación inmediata de que los Estados

---

<sup>233</sup> Documento de las Naciones Unidas A/59/422, párrafo 32.

<sup>234</sup> Documento de las Naciones Unidas A/59/422, párrafo 33.

desarrollados contribuyan a la asistencia y cooperación internacionales tan sólo absteniéndose y/o eliminando los obstáculos al ejercicio del derecho a la salud.

**3.3.1.4.5. Fortalecimiento de la rendición de cuentas<sup>235</sup>.**– Para el Relator Especial el enfoque del derecho a la salud basado en los derechos humanos logra poner de relieve las obligaciones y exige que todos los que tienen obligaciones rindan cuenta de su conducta, lo cual es especialmente trascendente respecto de un derecho humano tan complejo como el derecho a la salud, el cual requerirá de una serie de mecanismos de rendición de cuentas.

Por ello, corresponde interpretar la “rendición de cuentas” relativo al derecho a la salud en sentido amplio –no en sentido limitado como culpa y castigo–, de manera de lograr establecer qué políticas e instituciones de salud están dando buenos resultados y cuáles no, y por qué, con el objeto de mejorar la realización del derecho a la salud para todos.

De tal manera, cabe distinguir entre la rendición de cuentas a nivel internacional de la que corresponde a nivel nacional:

- A nivel internacional, el Relator Especial indica que “los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos constituyen una forma incipiente de rendición de cuentas”.
- A nivel nacional, señala como ejemplos de mecanismos de rendición de cuentas, “un comisionado u ombudsman de la salud”, “un consejo de salud local elegido democráticamente” y “acuerdos administrativos, como las evaluaciones sobre los efectos en la salud a disposición del público”.

Por su parte, en lo que concierne a los ODM, el Relator Especial considera que los mecanismos de rendición de cuentas contemplados son deficientes. Ello lo ejemplifica en los informes nacionales sobre los ODM que constituyen una de las posibles modalidades de rendición de cuentas. Al ser evaluados los informes por el Programa de

---

<sup>235</sup> Este acápite se basa en el Informe del Relator Especial contenido en el documento de las Naciones Unidas A/59/422, párrafos 36-41.

las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), se observa que los “objetivos de desarrollo del Milenio están resultando uno de los instrumentos más importantes para seguir de cerca y vigilar los procesos a nivel nacional”<sup>236</sup> pero su finalidad no consistiría en promover la rendición de cuentas ni la formulación de políticas al respecto<sup>237</sup>.

Por tanto, de acuerdo al Relator Especial, los derechos humanos, incluido el derecho a la salud, pueden fortalecer los débiles mecanismos de rendición de cuentas actualmente vinculados a los ODM. Primero, los mecanismos vigentes de rendición de cuentas en materia de derechos humanos pueden determinar si los Estados están adoptando medidas suficientes para la consecución de los objetivos. Y segundo, le corresponde a la comunidad internacional y a otros interesados directos identificar mecanismos de rendición de cuentas que sean apropiados, eficaces, transparentes y accesibles a fin de integrarlos en la iniciativa de desarrollo del Milenio. De no ser así, tales objetivos –en su concepto– carecerán de un rasgo indispensable de los derechos humanos y, peor aún, las posibilidades de alcanzarlos se reducirán considerablemente.

De acuerdo a información recogida por el PNUD “desde hace mucho tiempo los países en desarrollo tienen la impresión de que los acuerdos en materia de rendición de cuentas no son equilibrados y se aplican principalmente a ellos, en tanto que los países desarrollados escapan a ese examen incumpliendo sus promesas y compromisos internacionales, fundamentales para los países en desarrollo”<sup>238</sup>, y según corrobora el Relator Especial, “el curso que está tomando la iniciativa de desarrollo del Milenio confirma esa percepción”<sup>239</sup>.

---

<sup>236</sup> Documento de las Naciones Unidas DP/2003/34, párrafo 3.

<sup>237</sup> Documento de las Naciones Unidas DP/2003/34, párrafo 16.

<sup>238</sup> PNUD, Dirección de Políticas de Desarrollo, “*Is MDG 8 on track as a global ideal for human development?*”, Nueva York, 2003.

<sup>239</sup> Documento de las Naciones Unidas A/59/422, párrafo 43.

#### 4. EL DERECHO A LA SALUD.–

El derecho a la salud tiene, hoy en día, densidad normativa. A nivel internacional, existen diversos tratados que la consagran y que serán repasadas en este capítulo por su relevancia para la configuración del derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

Además, se encuentra consagrado en numerosas constituciones nacionales, con su consecuente desarrollo legislativo, de manera que ha ido generando significativa jurisprudencia<sup>240</sup>, siendo en la actualidad el derecho social de mayor exigibilidad o justiciabilidad ante los tribunales de justicia, lo cual se irá ilustrando con especial énfasis en el capítulo quinto (5) de esta tesis, enfocado en los elementos esenciales que configuran nuestra propuesta de tesis.

A continuación se expondrán algunas breves consideraciones que estimamos conveniente relativo, primero, a las fuentes del derecho a la salud, y luego relativas a su alcance.

**Fuentes del derecho a la salud.–** Las fuentes del derecho a la salud pueden tener carácter internacional, regional y nacional. El derecho a la salud fue adoptado en 1946, en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Dos años después, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) estableció los pilares de la estructura legal internacional del derecho a la salud.

Desde entonces, el derecho a la salud ha sido codificado en numerosos tratados internacionales y regionales de derechos humanos de carácter vinculante. El tratado más

---

<sup>240</sup> Más aún, en diversas jurisdicciones constitucionales disposiciones sobre el derecho a la salud han generado significativa jurisprudencia en sostenido incremento. Algunos ejemplos de ello son la decisión de la Corte Constitucional de Sudáfrica en *Minister for Health v. Treatment Action Campaign* (CCT 8/02, párrafo 135 (2)(a)) o la significativa jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile iniciada a partir del año 2008 –con las sentencias recaídas en causas Rol N°976/2008; N°1218/2008; N°1273/2008 y N°1287/2008– y que en definitiva condujo al Tribunal Constitucional de Chile a declarar de oficio la inconstitucionalidad del artículo 38 Ter de la Ley de Isapres (Instituciones de Salud Previsional) por vulnerar el derecho a la salud consagrado en el artículo 19 N°9 de la Constitución Política del Estado, en sentencia de fecha 6 de agosto de 2010, publicada en el Diario Oficial el 9 de agosto de 2010, con lo que parte de dicho artículo quedó derogado y eliminado del ordenamiento jurídico chileno.

extenso en su elaboración del derecho a la salud es la Convención de los derechos del niño, que ha sido ratificada por todos los Estados menos dos. Estos tratados vinculantes empiezan a generar casos y jurisprudencia que iluminan el contenido del derecho a la salud.

Del mismo modo, según se constataba ya en el año 2002, el derecho a la salud estaba consagrado en numerosas constituciones nacionales. De hecho, en más de 60 disposiciones constitucionales figuraba el derecho a la salud o el derecho a la atención sanitaria, mientras que en más de 40 disposiciones constitucionales se hacía referencia a derechos conexos, como el derecho a la atención de la salud reproductiva, el derecho de los discapacitados a la asistencia material y el derecho a un medio ambiente saludable<sup>241</sup>. Ello, unido, a numerosas leyes y decisiones a nivel regional y nacional que han ido confirmando la justiciabilidad o exigibilidad del derecho a la salud.

Por último, también cabrá observar la regulación normativa y los casos decididos en el marco del régimen de solución de controversias desarrollado por la Organización Mundial del Comercio (OMC) –que se verá en este capítulo en el párrafo 4.2.1.– concretamente respecto de acuerdos internacionales desarrollados en el ámbito de los derechos de propiedad intelectual, que tienen directa incidencia en cuestiones fundamentales del derecho a la salud y con nuestra tesis, en especial el acceso a los medicamentos esenciales y la investigación y desarrollo de nuevos medicamentos y vacunas, cruciales en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

Por tanto, resulta de fundamental relevancia que las diversas fuentes y sus cuerpos de jurisprudencia respectivas, en actual desarrollo, guarden la debida consistencia.

**Alcance del derecho a la salud.**– El derecho a la salud a nivel internacional tiene profundidad normativa<sup>242</sup>, siendo un derecho de carácter inclusivo; comprende tanto libertades como derechos; genera obligaciones por parte de los Estados de realización progresiva del disfrute del más alto nivel posible de salud, al tiempo que también genera

---

<sup>241</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2003/58, de 13 de febrero de 2003, párrafo 20, correspondiente al Informe a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

<sup>242</sup> Véase documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2003/58, párrafos 22-36.



obligaciones básicas de cumplimiento inmediato; e incluso converge en determinados ámbitos con el comercio de mucha trascendencia, todo lo cual se ilustra a continuación:

- Es un derecho inclusivo<sup>243</sup>, que se extiende no solamente a una oportuna y apropiada atención de salud, incluyendo el acceso a medicamentos esenciales, sino que también a los determinantes subyacentes de la salud, tales como el acceso a agua segura y potable y adecuado saneamiento, nutrición y vivienda.
- Comprende libertades y derechos<sup>244</sup>. Las libertades incluyen el derecho a estar libre de discriminación así como libre de tratamiento médico no consentido. Los derechos incluyen el derecho a un sistema de protección de la salud (i.e. a la atención de salud y de las determinantes subyacentes de la salud) que provea igualdad de oportunidades para que las personas puedan disfrutar del más alto nivel posible de salud. El derecho a la salud es un concepto amplio que puede ser subdividido en derechos más específicos, como el derecho a medicamentos esenciales.
- el derecho a la salud puede ser entendido como el derecho al disfrute de una variedad de instalaciones, bienes y servicios necesarios para la realización del más alto nivel posible de salud<sup>245</sup>. Cada vez más, las instalaciones de salud, bienes y servicios se encuentran sujetos a reglas y políticas de comercio, de forma que adquiere creciente relevancia examinar aquellas áreas donde el comercio y el derecho a la salud convergen.
- La realización plena del derecho a la salud está sujeto a la disponibilidad de recursos<sup>246</sup>. El derecho internacional permite expresamente la realización progresiva del derecho a la salud que significa que los Estados tienen una obligación específica y continua que consiste en moverse lo más expedito y efectivamente posible hacia la realización plena del derecho a la salud. Sin perjuicio de ello, el derecho a la salud impone varias otras obligaciones de efecto inmediato, sin perjuicio de la escasez de recursos y la realización progresiva del derecho, las que incluyen las obligaciones de asegurar la satisfacción de, a lo

---

<sup>243</sup> Véase Observación General (O.G.) N°14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud”, de 2000, del Comité PIDESC, en especial párrafo 11.

<sup>244</sup> Véase O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, en especial párrafo 8.

<sup>245</sup> Véase O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, en especial párrafo 12.

<sup>246</sup> Véase O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC.

menos, niveles esenciales mínimos de atención de salud y de las determinantes subyacentes de la salud; las garantías de no-discriminación y tratamiento igualitario; y la preparación de una estrategia y un plan de acción en salud pública de carácter nacional.

**Capítulo 4.-** Por tanto, hecha esta breve introducción, a continuación en este capítulo (Párrafo 4.1) se hará mención a tres instrumentos internacionales muy importantes por su relevancia en la consagración del derecho a la salud y la amplitud de su alcance: la Constitución de la Organización Mundial de la Salud; la Declaración Universal de Derechos Humanos; y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Luego se revisarán otros instrumentos de carácter internacional, primeramente, aquellos referidos a contextos específicos (Párrafo 4.2), que por su impacto son determinantes en la lucha contra las enfermedades infecciosas –mercados globalizados (4.2.1); administración de justicia (4.2.2) y conflicto armado (4.2.3), para posteriormente revisar aquellos relativos a grupos específicos (Párrafo 4.3), que por sus propias características suelen encontrarse especialmente vulnerables, como es el caso de las minorías raciales (4.3.1); las mujeres (4.3.2); los niños (4.3.3), los trabajadores migrantes (4.3.4); los discapacitados (4.3.5); los refugiados (4.3.6) y desplazados internos; y los pueblos indígenas (4.3.7).

#### **4.1. Instrumentos Internacionales de carácter General.**

A continuación daremos repaso a tres instrumentos principales en relación con nuestra tesis de gran valor y contribución en la consolidación del derecho a la salud. Estos tres instrumentos corresponden a la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), de 1946; la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH), de 1948, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), de 1966.

#### **4.1.1. La Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS).**

La Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS), es de 1946. Fue adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional celebrada en Nueva York entre el 19 de junio y el 22 de julio de 1946. Fue firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados, y entró en vigor el 7 de abril de 1948.

Las reformas que se han realizado a la Constitución de la OMS fueron adoptadas por la 26<sup>a</sup><sup>247</sup>, la 29<sup>a</sup><sup>248</sup>, la 39<sup>a</sup><sup>249</sup> y la 51<sup>a</sup><sup>250</sup> Asambleas Mundiales de la Salud, que entraron en vigor el 3 de febrero de 1977, el 20 de enero de 1984, el 11 de julio de 1994 y el 15 de septiembre de 2005, respectivamente.

Es importante señalar que la OMS corresponde a una organización establecida por acuerdos intergubernamentales, con amplias atribuciones en el ámbito sanitario, y que está vinculada a las Naciones Unidas por medio de un acuerdo entre la OMS y el Consejo Económico y Social.

##### **4.1.1.1. Preámbulo de la Constitución de la OMS.**

El Preámbulo contiene importantes referencias y definiciones con respecto al derecho a la salud, al tiempo que también alude al peligro de carácter internacional que representan las enfermedades infecciosas o transmisibles y la importancia de su control:

“Los Estados partes en esta Constitución declaran, en conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, que los siguientes principios son básicos para la felicidad, las relaciones armoniosas y la seguridad de todos los pueblos:

La salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social,  
y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades.

---

<sup>247</sup> Véase la resolución de la Asamblea Mundial de la Salud WHA26.37, del 3 de febrero de 1977.

<sup>248</sup> Véase la resolución de la Asamblea Mundial de la Salud WHA29.38, del 20 de enero de 1984.

<sup>249</sup> Véase la resolución de la Asamblea Mundial de la Salud WHA39.6, del 11 de julio de 1994.

<sup>250</sup> Véase la resolución de la Asamblea Mundial de la Salud WHA51.23, del 15 de septiembre de 2005.

El goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social.

La salud de todos los pueblos es una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad, y depende de la más amplia cooperación de las personas y de los Estados.

Los resultados alcanzados por cada Estado en el fomento y protección de la salud son valiosos para todos.

La desigualdad de los diversos países en lo relativo al fomento de la salud y el control de las enfermedades, sobre todo las transmisibles, constituye un peligro común.

El desarrollo saludable del niño es de importancia fundamental: la capacidad de vivir en armonía en un mundo que cambia constantemente es indispensable para este desarrollo.

La extensión a todos los pueblos de los beneficios de los conocimientos médicos, psicológicos y afines es esencial para alcanzar el más alto grado de salud.

Una opinión pública bien informada y una cooperación activa por parte del público son de importancia capital para el mejoramiento de la salud del pueblo.

Los gobiernos tienen responsabilidad en la salud de sus pueblos, la cual sólo puede ser cumplida mediante la adopción de medidas sanitarias y sociales adecuadas.

Aceptando estos principios, con el fin de cooperar entre sí y con otros en el fomento y protección de la salud de todos los pueblos, las Partes Contratantes convienen en la presente Constitución y por este acto establecen la Organización Mundial de la Salud como organismo especializado de conformidad con los términos del artículo 57 de la Carta<sup>251</sup> de las Naciones Unidas”.

---

<sup>251</sup> Artículo 57 de la Carta de las Naciones Unidas: “1. Los distintos organismos especializados establecidos por acuerdos intergubernamentales, que tengan amplias atribuciones internacionales definidas en sus estatutos, y relativas a materias de carácter económico, social, cultural, educativo, sanitario, y otras conexas, serán vinculados con la Organización de acuerdo con las disposiciones del Artículo 63. 2. Tales organismos especializados así vinculados con la Organización se denominarán en adelante "los organismos especializados"”; Artículo 63 de la Carta de las Naciones Unidas: “1. El

#### **4.1.1.2. Miembros, finalidad, funciones y órganos de la OMS.**

La OMS tiene en la actualidad 193 Estados Miembros y dos Miembros Asociados, que corresponde a Puerto Rico y Tokelau.

La finalidad de la OMS de acuerdo a su Constitución es la de “alcanzar para todos los pueblos el grado más alto posible de salud” (Art. 1). Esta disposición ejercerá influencia posteriormente al momento de configurar el derecho a la salud en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, específicamente respecto del párrafo 1 del artículo 12 del Pacto.

Entre las funciones asignadas, destacan especialmente para los efectos de esta tesis, las siguientes contempladas en su artículo 2:

- “a) actuar como autoridad directiva y coordinadora en asuntos de sanidad internacional”;
- “b) establecer y mantener colaboración eficaz con las Naciones Unidas, los organismos especializados, las administraciones oficiales de salubridad, las agrupaciones profesionales y demás organizaciones que se juzgue convenientes”.
- “f) establecer y mantener los servicios administrativos y técnicos que sean necesarios, inclusive los epidemiológicos y de estadística”;
- “g) estimular y adelantar labores destinadas a suprimir enfermedades epidémicas, endémicas y otras”;
- “k) proponer convenciones, acuerdos y reglamentos<sup>252</sup> y hacer recomendaciones referentes a asuntos de salubridad internacional, así como desempeñar las funciones que ellos se asignen a la Organización y que estén de acuerdo con su finalidad”;
- “s) establecer y revisar, según sea necesario, la nomenclatura internacional de las enfermedades, de las causas de muerte y de las prácticas de salubridad pública”;

---

Consejo Económico y Social podrá concertar con cualquiera de los organismos especializados de que trata el Artículo 57, acuerdos por medio de los cuales se establezcan las condiciones en que dichos organismos habrán de vincularse con la Organización. Tales acuerdos estarán sujetos a la aprobación de la Asamblea General.<sup>2</sup> El Consejo Económico y Social podrá coordinar las actividades de los organismos especializados mediante consultas con ellos y haciéndoles recomendaciones, como también mediante recomendaciones a la Asamblea General y a los Miembros de las Naciones Unidas”.

<sup>252</sup> Especial importancia tiene para nuestra tesis el Reglamento Sanitario Internacional, desarrollado en profundidad en el capítulo segundo (2) de nuestra tesis.

– “v) en general, tomar todas las medidas necesarias para alcanzar la finalidad que persigue la Organización.

Los principales órganos de la OMS corresponden a la Asamblea Mundial de la Salud (arts. 10–23); el Consejo Ejecutivo (arts. 24–29); y la Secretaría (arts. 30–37). La Asamblea Mundial de la Salud tiene autoridad para hacer recomendaciones a los Miembros respecto a cualquier asunto que está dentro de la competencia de la OMS (art. 23), está compuesta por delegados representantes de los Miembros, se encuentra dotada de importantes funciones descritas en el artículo 18, puede adoptar convenciones o acuerdos en ámbitos de su competencia con el voto de aprobación de dos terceras partes de la Asamblea<sup>253</sup>, y conforme al artículo 21, tiene autoridad para adoptar reglamentos en cinco materias<sup>254</sup> diferentes, de interés para nuestra tesis.

#### **4.1.2. La Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH).**

El 10 de diciembre de 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Declaración Universal de los Derechos Humanos “como ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse”.

La Declaración no es un tratado internacional que imponga obligaciones convencionales. Sin embargo, tiene valor programático y moral, ha inspirado diversas convenciones y resoluciones adoptadas por las Naciones Unidas y contribuye a la elaboración del derecho consuetudinario de los derechos humanos. Algunas constituciones políticas se inspiran también en la Declaración<sup>255</sup>.

---

<sup>253</sup> Conforme al artículo 19 de la Constitución de la OMS, las convenciones y acuerdos entrarán en vigor para cada Miembro al ser aceptadas por éste de acuerdo con sus procedimientos constitucionales.

<sup>254</sup> a) requisitos sanitarios y de cuarentena y otros procedimientos destinados a prevenir la propagación internacional de enfermedades; b) nomenclatura de enfermedades, causas de muerte y prácticas de salubridad pública; c) normas uniformes sobre procedimientos de diagnóstico de uso internacional; d) normas uniformes sobre la seguridad, pureza y potencia de productos biológicos, farmacéuticos y similares de comercio internacional; e) propaganda y rotulación de productos biológicos, farmacéuticos y similares de comercio internacional.

<sup>255</sup> BENADAVA, Santiago, *Derecho Internacional Público*, 8ª edición, Santiago de Chile, LexisNexis, 2005, p. 213.

#### **4.1.2.1. Artículo 25.1 de la DUDH.**

Especial relevancia tiene el artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el cual se sientan las bases del marco jurídico internacional del derecho a la salud, al afirmar que:

“Artículo 25

1. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. (...).”

Este artículo contextualiza la salud como derecho social con estrechas vinculaciones e interrelaciones con otros derechos humanos, lo cual será posteriormente reafirmado en múltiples convenciones internacionales.

#### **4.1.2.2. Factores determinantes básicos de la salud.**

Ha resultado muy relevante esta disposición para el derecho a la salud y para nuestra tesis. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, afirma en su Observación General N°14, del año 2000, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12) que “la referencia que en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto se hace al ‘más alto nivel posible de salud física y mental’ no se limita al derecho a la atención de la salud. Por el contrario, el historial de la elaboración y la redacción expresa del párrafo 2 del artículo 12 reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua

limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano”<sup>256</sup>.

#### **4.1.3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).**

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966<sup>257</sup>, se dictó luego de casi 20 años de debates sobre su contenido y adquirió fuerza de ley 10 años más tarde, entrando en vigor el 3 de enero de 1976, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 27 párrafo 1 del PIDESC.

El PIDESC contiene algunas de las disposiciones jurídicas internacionales más importantes para el establecimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, incluidos los derechos relativos al trabajo en condiciones justas y favorables, a la protección social, a un nivel de vida adecuado, a los niveles de salud física y mental más altos posibles, a la educación y al goce de los beneficios de la libertad cultural y el progreso científico.

Los derechos económicos, sociales y culturales tienen por objeto asegurar la protección plena de las personas en tanto que tales, partiendo de la base de que las personas pueden gozar de derechos, libertades y justicia social simultáneamente. En un mundo donde, según el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), “la quinta parte de la población del mundo en desarrollo está hambrienta al ir a dormir cada noche, donde la cuarta parte carece de acceso a necesidades básicas como el agua de beber no contaminada y la tercera parte vive en estado de abyecta pobreza, tan al margen de la existencia humana que no hay palabras para describirlo”<sup>258</sup>, la importancia de prestar una atención renovada con la realización efectiva de los derechos económicos, sociales y culturales resulta evidente.

---

<sup>256</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 4.

<sup>257</sup> El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue aprobado y abierto a la firma, ratificación y adhesión mediante la resolución 2200 A (XXI) de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 16 de diciembre de 1966.

<sup>258</sup> PNUD, *Un programa para la Cumbre Mundial de Desarrollo Social*, Informe sobre Desarrollo Humano 1994, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 2.



Cabe indicar que ya han ratificado el PIDESC 160 Estados que tienen la calidad de Estados Parte<sup>259</sup>. El cumplimiento por los Estados Partes de las obligaciones que les impone el PIDESC y el grado de aplicación de los derechos y las obligaciones en cuestión son vigiladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

#### **4.1.3.1. El PIDESC y el Derecho a la Salud.–**

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) provee el artículo más comprensivo sobre el derecho a la salud del derecho internacional de los derechos humanos. De acuerdo con el artículo 12.1 del PIDESC, los Estados Partes reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que el artículo 12.2 enumera a manera ilustrativa, algunas “medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho”, casi todas ellas vinculadas directa o indirectamente con la prevención y control de las enfermedades infecciosas.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha afirmado que “es consciente de que para millones de personas en todo el mundo el pleno disfrute del derecho a la salud continúa siendo un objetivo remoto”, y que “es consciente de que los formidables obstáculos estructurales y de otra índole resultantes de factores internacionales y otros factores fuera del control de los Estados impiden la plena realización del artículo 12 en muchos Estados Partes”<sup>260</sup>.

**4.1.3.1.1. Artículo 12 PIDESC.** El Pacto preceptúa el derecho a la salud de la siguiente manera en el artículo 12:

- “1.** Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.
- 2.** Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para:

---

<sup>259</sup> Información actualizada de ratificaciones del PIDESC disponible en sitio electrónico [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-3&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3&chapter=4&lang=en) (visitado el 29 de agosto de 2011).

<sup>260</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 5.

- a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil y el sano desarrollo de los niños;
- b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;
- c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;
- d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.”.

Respecto de este artículo cabe precisar que al elaborarlo, la Tercera Comisión de la Asamblea General de las Naciones Unidas no adoptó la definición de la salud que figura en el preámbulo de la Constitución de la OMS, que concibe la salud como "un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como ausencia de afecciones o enfermedades", según lo constata el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sin embargo, el propio Comité aclara que “la referencia que en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto se hace al "más alto nivel posible de salud física y mental" no se limita al derecho a la atención de la salud”, sino que por el contrario, “el historial de la elaboración y la redacción expresa del párrafo 2 del artículo 12 reconoce que el derecho a la salud abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones merced a las cuales las personas pueden llevar una vida sana, y hace ese derecho extensivo a los factores determinantes básicos de la salud”<sup>261</sup>.

**4.1.3.1.2. Otros artículos del PIDESC relevantes para la tesis.** Por tanto, atendido el alcance del derecho a la salud que aludimos al principiar el presente capítulo 4, su estrecha relación con otros derechos humanos, y la existencia de factores determinantes básicos de la salud, es que además del artículo 12 también adquieren importancia para nuestra tesis otras disposiciones estrechamente vinculadas con el derecho a la salud.

Por ello, daremos repaso a algunas de las Observaciones Generales emanadas del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales respecto de aquellas

---

<sup>261</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 4.

disposiciones que consideramos particularmente relevantes para nuestra tesis, teniendo en consideración los comentarios que a su respecto formulan que dan cuenta de su vinculación con el derecho a la salud y su interés para nuestra tesis.

Por ello, además del Comentario General N°14, de 2000, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12), también revisaremos aquellos ámbitos de particular interés para nuestra tesis, relativos a la Observación General N°3, de 1990, sobre la naturaleza de las obligaciones de los Estados Parte (Artículo 2 párrafo 1); la Observación General N°20, de 2009, sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (Artículo 2 párrafo 2); la Observación General N°17, de 2005, sobre el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (Artículo 15 párrafo 1 letra c), por su estrecha vinculación con el artículo 15 párrafo 1 letra b<sup>262</sup>; y la Observación General N°19, de 2008, sobre el derecho a la seguridad social (artículo 9).

#### **4.1.3.2. Observaciones Generales del Comité PIDESC de especial interés.**

La fundamentación de la normativa<sup>263</sup> del PIDESC, convenida por los Estados Partes, considera para el efecto los principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo que tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables.

De tal manera, se dicta el PIDESC reconociendo que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana y que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen las condiciones que permiten a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales., tanto como de sus derechos civiles y políticos. En definitiva, para convenir el PIDESC, se considera la obligación que la Carta de las Naciones Unidas impone a los Estados de promover el

---

<sup>262</sup> “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: (...) b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; (...)”

<sup>263</sup> Contenida en el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC).

respeto universal y efectivo de los derechos y libertades humanas, comprendiendo que el individuo por tener deberes respecto de otros individuos y de la comunidad a que pertenece, está obligado a procurar la vigencia y observancia de los derechos reconocidos en el Pacto.

El cumplimiento de sus normas por parte de los Estados Partes de las obligaciones que les impone el Pacto y el grado de aplicación de los derechos y obligaciones en cuestión son vigiladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>264</sup>. Para los autores Abramovich y Courtis<sup>265</sup>, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, instituido en 1985, son equiparables a una suerte de jurisprudencia sobre los contenidos normativos del Pacto de 1966 y que, al igual que otros pactos internacionales de derechos humanos es una fuente jerárquicamente supraordenada de acuerdo con muchas constituciones latinoamericanas, a la propia legislación ordinaria.

Este Comité ha asumido desde 1988 la práctica de emitir Observaciones Generales, que constituyen en definitiva documentos que contribuyen a esclarecer el sentido de algunos derechos y sus correspondientes obligaciones para los Estados.

**Los Principios de Limburgo y los Principios de Maastricht.**— El sentido de las obligaciones de los Estados contenidas en el PIDESC es abordada por los llamados “Principios de Limburgo sobre la implementación del PIDESC”, documento que emana de un grupo de expertos reunidos en Maastricht entre el 2 y 6 de junio de 1986 y que fue adoptado por Naciones Unidas<sup>266</sup>. Estos principios no constituyen una fuente jurídica autónoma obligatoria para los Estados, sino que proveen la mejor guía para la comprensión de los deberes jurídicos contraídos desde la ratificación del PIDESC. A su vez, una década más tarde, entre el 22 y el 26 de enero de 1997, otro grupo de expertos

---

<sup>264</sup> Para realizar su labor este Comité se basa en diversas fuentes de información, entre ellas informes presentados por los Estados Partes, información suministrada por los organismos especializados de las Naciones Unidas (entre ellas, la Organización Mundial de la Salud), información de organizaciones no gubernamentales y organizaciones comunitarias de base que actúan en los Estados que han ratificado el Pacto, de organizaciones internacionales de derechos humanos y de otras organizaciones no gubernamentales y de otros Comités de las Naciones Unidas creados mediante tratados, además de acudir a la literatura de conocimiento público.

<sup>265</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, Op. Cit., pp. 10-11.

<sup>266</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C4/1987/17.

elaboró los denominados “Principios de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales” que, han sido empleados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para evaluar los informes estatales y para desarrollar las distintas observaciones generales al Pacto.

**4.1.3.2.1. Observación General N°3 del Comité PIDESC, de 1990, sobre la naturaleza de las obligaciones de los Estados parte (artículo 2 párrafo 1 del PIDESC).** La disposición sobre la que recae esta Observación General es la siguiente:

“Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

(...)”

**4.1.3.2.1.1. Obligaciones de Estados parte que emanan de PIDESC.** La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas "para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]". La expresión "progresiva efectividad" se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo.

En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la cual incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras

progresivamente, se prevea en relación con el PIDESC no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo<sup>267</sup>.

El PIDESC impone una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga. La prohibición de regresividad se verá específicamente más adelante al revisar la Observación General N°14 relativa al artículo 12.

**4.1.3.2.1.2. Obligación mínima de Estados de asegurar niveles esenciales de derechos.**— Existen obligaciones mínimas de los Estados de asegurar a las poblaciones a su cargo, la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos (Principios de Limburgo, principio 25; Principios de Maastricht, principio 9; O.G. N°3, párrafo 10). Se trata del punto de partida en relación a los pasos que deben darse hacia su plena efectividad<sup>268</sup>.

Esta obligación mínima surgiría de acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, del artículo 2.1 del Pacto, en que cada Estado se compromete a adoptar medidas “para lograr progresivamente...la plena efectividad de los derechos”, toda vez que resulta evidente que muchas de las obligaciones contraídas en virtud del Pacto han de cumplirse inmediatamente. Esto se aplicaría en particular a las disposiciones no discriminatorias y a la obligación de los Estados Partes de abstenerse de violar activamente en este caso, el derecho a la salud, o de anular las medidas protectoras legales o de otro tipo relacionada con este derecho.

Así el Comité en esta Observación General N°3 indica que “el Comité es de la opinión de que corresponde a cada Estado Parte una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos”, y lo ilustra de manera muy gráfica y pertinente a los efectos de la materia sobre la que trata nuestra

---

<sup>267</sup> O.G. N°3, de 1990, del Comité PIDESC, párrafo 9.

<sup>268</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, Op. Cit., p.89.

tesis, señalando que “así, por ejemplo, un Estado Parte en el que un número importante de individuos está privado de alimentos esenciales, de atención primaria de salud esencial, de abrigo y vivienda básicos o de las formas más básicas de enseñanza, *prima facie* no está cumpliendo sus obligaciones en virtud del Pacto”, para culminar concluyendo que “si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser”<sup>269</sup>.

Específicamente respecto al derecho a la salud, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del Pacto ha reconocido que los Estados tienen la obligación fundamental de asegurar, con carácter inderogable<sup>270</sup>, niveles mínimos esenciales de satisfacción del derecho a la salud de las poblaciones, incluida la atención primaria básica de la salud.

**4.1.3.2.1.3. Protección de miembros vulnerables de la sociedad.** Además, si bien el artículo 2 párrafo 1 indica que las medidas que deben adoptar los Estados son “hasta el máximo de los recursos que disponga”, es enfático el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en subrayar que aun en tiempos de limitaciones graves de recursos se debe proteger a los miembros vulnerables de la sociedad aprobando programas específicos de relativo bajo costo.

Esto tiene mucha relevancia respecto de aquellos programas de salud relacionados con el control y prevención de las enfermedades infecciosas, como por ejemplo, programas de vacunación de la población.

El Comité ha indicado que aún en tiempos de severa restricción de recursos, causada sea por procesos de ajuste, o incluso de recesión económica o otros factores, los miembros más vulnerables de la sociedad pueden y deben ser protegidos mediante la adopción de programas específicos dirigidos a ellos<sup>271</sup>.

---

<sup>269</sup> O.G. N°3, de 1990, del Comité PIDESC, párrafo 10.

<sup>270</sup> Véase O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafos 43 y 47.

<sup>271</sup> O.G. N°3, de 1990, del Comité PIDESC, párrafo 12.

**4.1.3.2.2. Observación General N°20<sup>272</sup>, del Comité PIDESC, sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).** La disposición sobre la que recae esta Observación General es la siguiente:

“Art. 2 (...)

2. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

El párrafo 2 del artículo 2 obliga a los Estados Partes a garantizar el procedimiento de revisión judicial y otros procedimientos de recurso en caso de discriminación. Es importante señalar que los motivos de discriminación que se mencionan en esta disposición no son exhaustivos y que, por consiguiente, deben impedirse también otras formas de discriminación injusta que repercutan negativamente en el goce de los derechos que se enuncian en el Pacto<sup>273</sup>.

Según los Principios de Limburgo, las medidas especiales adoptadas con el único fin de asegurar la promoción adecuada de ciertos grupos o individuos que requieren de tal protección para lograr un trato igual en cuanto al goce de derechos económicos, sociales y culturales, no deberán considerarse discriminatorias siempre que no tengan como consecuencia el mantenimiento de una separación de derechos para los diferentes grupos y desaparezcan una vez logrado el objetivo fijado. Este criterio se aplica, por ejemplo, a la promoción de los grupos postergados<sup>274</sup>.

Esta disposición no sólo obliga a los gobiernos a desistirse de cualquier comportamiento discriminatorio y a modificar las leyes y las prácticas que permitan la discriminación, sino que también establece el deber de los Estados Partes de prohibir a los particulares y

---

<sup>272</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/20, de 2 de julio de 2009, del Comité PIDESC.

<sup>273</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Folleto informativo N°16 (Rev. 1) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Ginebra, Naciones Unidas, 2001, pp. 11-12.

<sup>274</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Folleto informativo N°16...*, Op. Cit., p. 12.



a los organismos (terceros) practicar la discriminación en cualquier esfera de la vida pública<sup>275</sup>.

**4.1.3.2.2.1. Discriminación formal y sustantiva.** El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el párrafo 8 de la Observación General N°20 contempla que para que los Estados partes puedan "garantizar" el ejercicio sin discriminación de los derechos recogidos en el Pacto, hay que erradicar la discriminación tanto en la forma como en el fondo:

- a) **Discriminación formal.** Para erradicar la discriminación formal es preciso asegurar que la Constitución, las leyes y las políticas de un Estado no discriminen por ninguno de los motivos prohibidos; por ejemplo, las leyes deberían asegurar iguales prestaciones de seguridad social a las mujeres independientemente de su estado civil.
- b) **Discriminación sustantiva.** Abordando únicamente la forma no se conseguiría la igualdad sustantiva prevista y definida en el artículo 2.2. En el disfrute efectivo de los derechos recogidos en el Pacto influye con frecuencia el hecho de que una persona pertenezca a un grupo caracterizado por alguno de los motivos prohibidos de discriminación. Para eliminar la discriminación en la práctica se debe prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes en lugar de limitarse a comparar el trato formal que reciben las personas en situaciones similares. Los Estados partes deben, por tanto, adoptar de forma inmediata las medidas necesarias para prevenir, reducir y eliminar las condiciones y actitudes que generan o perpetúan la discriminación sustantiva o *de facto*. Por ejemplo, asegurar que todas las personas tengan igual acceso a una vivienda adecuada y a agua y saneamiento ayudará a superar la discriminación de que son objeto las mujeres, las niñas y las personas que viven en asentamientos informales y zonas rurales.

---

<sup>275</sup> Ibidem.

El Comité –en el párrafo 9 de la Observación General– con todo, previene que para erradicar la discriminación sustantiva en ocasiones los Estados partes pueden verse obligados a adoptar medidas especiales de carácter temporal que establezcan diferencias explícitas basadas en los motivos prohibidos de discriminación. Esas medidas serán legítimas siempre que supongan una forma razonable, objetiva y proporcionada de combatir la discriminación *de facto* y se dejen de emplear una vez conseguida una igualdad sustantiva sostenible. Aun así, algunas medidas positivas quizás deban tener carácter permanente, por ejemplo, la prestación de servicios de interpretación a los miembros de minorías lingüísticas y a las personas con deficiencias sensoriales en los centros de atención sanitaria.

**4.1.3.2.2.2. No discriminación por estado de salud.** En el artículo 2.2 se enumeran como motivos prohibidos de discriminación "la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o *cualquier otra condición social*". Pues bien, además de esos motivos que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales califica de “expresos” –la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento– de discriminación, en su visión<sup>276</sup> la inclusión de "cualquier otra condición social" manifiesta que esta lista no es exhaustiva y que, por tanto, pueden incluirse otros motivos implícitos en esta categoría. Precisamente, uno de aquellos motivos comprendidos en la categoría de "cualquier otra condición social", corresponde al estado de salud.

Al referirse el Comité específicamente a este motivo de discriminación prohibido<sup>277</sup>, expresa que el estado de salud se refiere a la salud física o mental de una persona en consonancia con lo expuesto previamente en su Observación General N°14, en sus párrafos 12 b), 18, 28 y 29. De acuerdo al Comité, los Estados partes deben garantizar que el estado de salud efectivo o sobreentendido de una persona no constituya un obstáculo para hacer realidad los derechos garantizados en el Pacto. Previene que a menudo los Estados se escudan en la protección de la salud pública para justificar

---

<sup>276</sup> O.G.N°20, de 2009, del Comité PIDESC, párrafo 15.

<sup>277</sup> O.G. N°20, de 2009, del Comité PIDESC, párrafo 33.

restricciones de los derechos humanos relacionadas con el estado de salud de una persona. Sin embargo, muchas de esas restricciones son discriminatorias, por ejemplo, la de dispensar un trato distinto a una persona infectada por el VIH en lo que respecta al acceso a la educación, el empleo, la atención sanitaria, los viajes, la seguridad social, la vivienda o el asilo.

Asimismo, los Estados partes deben adoptar medidas también para combatir la estigmatización generalizada que acompaña a ciertas personas por su estado de salud, por ejemplo, por ser enfermos mentales, por tener enfermedades debilitantes, como la lepra, o por haber sufrido fístula obstétrica en el caso de las mujeres, que a menudo obstaculiza su pleno goce de los derechos consagrados en el Pacto. Negar a un individuo el acceso a un seguro médico por su estado de salud será discriminatorio si esa diferencia de trato no se justifica con criterios razonables y objetivos.

**4.1.3.2.2.3. Otras condiciones sociales implícitas que pueden afectar el derecho a la salud.** En esta Observación General, el Comité expresa como otros motivos implícitos de discriminación que nosotros destacamos en este acápite por la relevancia que puede ejercer —de modo negativo— en el acceso a la atención de salud, la nacionalidad, el lugar de residencia, y la situación económica y social.

En efecto, el Comité al abordar estos motivos implícitos de discriminación, indica que el Estado parte no debe impedir por razones de nacionalidad<sup>278</sup> el acceso a los derechos amparados en el Pacto, ejemplificando, que todos los niños de un Estado, incluidos los indocumentados, tienen derecho a recibir una atención sanitaria asequible, siendo los derechos reconocidos en el Pacto aplicables a todos, incluidos los no nacionales, como los refugiados, los solicitantes de asilo, los apátridas, los trabajadores migratorios y las víctimas de la trata internacional, independientemente de su condición jurídica y de la documentación que posean<sup>279</sup>.

---

<sup>278</sup> O.G. N°20, de 2009, del Comité PIDESC, párrafo 30.

<sup>279</sup> Véase también la O.G. N° 30, de 2004, del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, sobre los derechos de los no ciudadanos.

Del mismo modo, el Comité hace ver –respecto del lugar de residencia<sup>280</sup>– que el ejercicio de los derechos reconocidos en el Pacto no debe depender del lugar en que resida o haya residido una persona, ni estar determinado por él. No debe depender del hecho de vivir o estar inscrito en una zona urbana o rural o en un asentamiento formal o informal, ni de ser un desplazado interno o llevar un estilo de vida nómada tradicional. Para ello, indica la necesidad de erradicar, en la práctica, las disparidades entre localidades y regiones, por ejemplo, garantizando la distribución uniforme, en cuanto al acceso y la calidad, de los servicios sanitarios de atención primaria, secundaria y paliativa.

Por último –respecto de la situación económica y social<sup>281</sup>– el Comité indica que las personas o grupos no deben ser objeto de un trato arbitrario por el simple hecho de pertenecer a un determinado grupo económico o social o a un determinado estrato de la sociedad. Por ejemplo, la situación social de una persona, como el hecho de vivir en la pobreza o de carecer de hogar, puede llevar aparejados discriminación, estigmatización y estereotipos negativos generalizados que con frecuencia hace que la persona no tenga acceso a atención de salud de la misma calidad que los demás.

**4.1.3.2.3. Observación General N°14, de 2000, del Comité PIDESC, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC).** En el caso del artículo 12 del PIDESC, este fue sujeto a estudio y análisis por parte del Comité en la ya citada Observación General N°14, del año 2000, relativa a el derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud.

**4.1.3.2.3.1. Estrecha vinculación del derecho a la salud con otros derechos humanos.** El derecho a la salud está estrechamente vinculado con el ejercicio de otros derechos humanos y depende de esos derechos, que se enuncian en la Carta Internacional de Derechos, en particular el derecho a la alimentación, a la vivienda, al trabajo, a la educación, a la dignidad humana, a la vida, a la no discriminación, a la igualdad, a no ser sometido a torturas, a la vida privada, al acceso a la información y a

---

<sup>280</sup> O.G. N°20, de 2009, del Comité PIDESC, párrafo 34.

<sup>281</sup> O.G. N°20, de 2009, del Comité PIDESC, párrafo 35.

la libertad de asociación, reunión y circulación. Esos y otros derechos y libertades abordan los componentes integrales del derecho a la salud<sup>282</sup>.

**4.1.3.2.3.2. El derecho a la salud implica libertades y derechos.** De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del PIDESC, el derecho a la salud contemplado en el artículo 12.1 abarca tanto *libertades* como *titularidades*<sup>283</sup>. Las *libertades* comprenden por una parte, el derecho de cada persona a controlar su propia salud y cuerpo, incluida la libertad sexual y reproductiva, y a que su salud se encuentre libre de interferencias, tales como el derecho a estar libre de tortura, de experimentación y de tratamientos médicos no consensuados. Por contraste, los *poderes* incluyen el derecho a un sistema de protección de la salud que provea de igualdad de oportunidades para que las personas puedan disfrutar del más alto nivel posible de salud.

**4.1.3.2.3.3. La salud como derecho inclusivo.** Teniendo en cuenta la definición de salud contenida en el artículo 12.1 del Pacto, este Comité la interpreta como un derecho inclusivo<sup>284</sup>, que se extiende no sólo a una atención sanitaria a tiempo y apropiada, sino que también comprende las determinantes subyacentes de la salud, como el acceso a agua segura y potable, a servicios sanitarios adecuados, a la provisión adecuada y segura de alimentos, nutrición y albergue, condiciones ocupacionales y ambientales salubres y el acceso a educación e información en salud, incluida la sexual y reproductiva. Otro aspecto relevante resaltado por el Comité se refiere a la participación en las tomas de decisiones en materias de salud a todo nivel, comunitario, nacional e internacional.

Por su parte, de acuerdo al Comité<sup>285</sup>, el artículo 12.2 del Pacto pretende guiar a los Estados en las acciones que adopte en esta materia, al enumerar específicamente ejemplos ilustrativos, no exhaustivos, de carácter genérico (reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; el mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; *la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales*

---

<sup>282</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 3.

<sup>283</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 8.

<sup>284</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 11.

<sup>285</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 13.

y de otra índole, y la lucha contra ellas; la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad), que surgen de la concepción amplia del derecho a la salud definido en el artículo 12.1.

El solo hecho de ilustrar las medidas, da cuenta de la importancia primordial que se asigna a la lucha contra las enfermedades infecciosas en el ámbito sanitario.

**4.1.3.2.3.4. Cuatro componentes interrelacionados del derecho a la salud.** Se establece un marco útil para el análisis del derecho a la salud en la observación general N°14, que contempla cuatro elementos esenciales e interrelacionados que en conjunto, definen lo que se entiende por derecho a la salud: disponibilidad, aceptabilidad, accesibilidad y calidad. De acuerdo con este marco, las intervenciones deberían:

- estar *disponibles* en cantidades suficientes:
- ser *aceptables*, tanto en lo que se refiere a la usabilidad como a la adecuación, teniendo en cuenta los factores culturales y de otra índole.
- ser eficaces y de buena *calidad*.
- facilitar el *acceso* a los establecimientos, bienes y servicios de salud.

A su vez, el Comité ilustra que la accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: la no discriminación, la accesibilidad física, la accesibilidad económica (asequibilidad) y el acceso a la información<sup>286</sup>.

De acuerdo con la Comisión de Derechos de Propiedad Intelectual, Innovación y Salud Pública, creada por la OMS, mencionada en los capítulos previos de esta tesis, presenta utilidad este marco de análisis, toda vez que en este enfoque se plantea el problema señalando las deficiencias y los retos que conllevan las diferentes condiciones, así como los remedios apropiados. También se hace hincapié en la medida en que los grupos más pobres o vulnerables se benefician de las intervenciones. Así pues, este enfoque vincula

---

<sup>286</sup> Véase la O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 12.

los productos con las características principales de la pobreza, y permite centrarse en aquellos grupos más vulnerables<sup>287</sup>.

Lo que este marco viene en parte a demostrar es que el “acceso” por sí solo no basta para evaluar en qué medida las intervenciones llegan a los grupos pertinentes. Muy a menudo, el término “acceso” se emplea de forma confusa y enmascara problemas de naturaleza básicamente distinta, impidiendo así la aplicación de los remedios adecuados. Este modelo ofrece un marco práctico para analizar la naturaleza de los retos planteados, así como posibles soluciones<sup>288</sup>.

**4.1.3.2.3.5. Contenido de los derechos mencionados en artículo 12 párrafo 2.** El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, menciona en esta Observación General, el contenido de los derechos aludidos en el artículo 12 párrafo 2 del PIDESC, indicando las medidas que deberían ser asumidas por los Estados Parte. A continuación se indicarán aquellos ámbitos de cada uno que más se relacionan con nuestra tesis, de la siguiente manera:

→ **la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños** (letra a del párrafo 2).– A su respecto señala que “es preciso adoptar medidas para mejorar la salud infantil y materna, los servicios de salud sexuales y genésicos, incluido el acceso a la planificación de la familia, la atención anterior y posterior al parto, los servicios obstétricos de urgencia y el acceso a la información, así como a los recursos necesarios para actuar con arreglo a esa información”<sup>289</sup>.

→ **el mejoramiento de todos los aspectos de la higiene ambiental e industrial** (letra b del párrafo 2).– Entraña en particular, entre otros, “la necesidad de velar por el suministro adecuado de agua limpia potable y la creación de condiciones sanitarias básicas”; y “abarca la cuestión relativa a la vivienda adecuada y las condiciones de

---

<sup>287</sup> COMISION DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, INNOVACIÓN Y SALUD PUBLICA, Op. Cit., Capítulo 1, p. 21.

<sup>288</sup> COMISION DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, INNOVACIÓN Y SALUD PUBLICA, Op. Cit., Capítulo 1, p. 22.

<sup>289</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 14.

trabajo higiénicas y seguras, el suministro adecuado de alimentos y una nutrición apropiada”<sup>290</sup>.

→ **la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas** (letra c) del párrafo 2).– Esta disposición es de gran relevancia para la lucha contra las enfermedades infecciosas y “exigen que se establezcan programas de prevención y educación para hacer frente a las preocupaciones de salud que guardan relación con el comportamiento, como las enfermedades de transmisión sexual, en particular el VIH/SIDA, y las que afectan de forma adversa a la salud sexual y genésica, y se promuevan los factores sociales determinantes de la buena salud, como la seguridad ambiental, la educación, el desarrollo económico y la igualdad de género”. Asimismo, el Comité indica que “el derecho a tratamiento comprende la creación de un sistema de atención médica urgente en los casos de accidentes, epidemias y peligros análogos para la salud, así como la prestación de socorro en casos de desastre y de ayuda humanitaria en situaciones de emergencia”, y por último indica relativo a la lucha contra las enfermedades que “esta tiene que ver con los esfuerzos individuales y colectivos de los Estados para facilitar, entre otras cosas, las tecnologías pertinentes, el empleo y la mejora de la vigilancia epidemiológica y la reunión de datos desglosados, la ejecución o ampliación de programas de vacunación y otras estrategias de lucha contra las enfermedades infecciosas”<sup>291</sup>.

→ **el derecho a establecimientos, bienes y servicios de salud** (letra d) del párrafo 2).– Esta disposición también tiene gran relevancia para nuestra tesis, la cual de acuerdo al Comité “incluye el acceso igual y oportuno a los servicios de salud básicos preventivos, curativos y de rehabilitación, así como a la educación en materia de salud; programas de reconocimientos periódicos; tratamiento apropiado de enfermedades, afecciones, lesiones y discapacidades frecuentes, preferiblemente en la propia comunidad; el suministro de medicamentos esenciales, y el tratamiento y atención apropiados de la salud mental”. Asimismo, también importa “la mejora y el fomento de la participación de la población en la prestación de servicios médicos preventivos y curativos, como la

---

<sup>290</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 15.

<sup>291</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 16.



organización del sector de la salud, el sistema de seguros y, en particular, la participación en las decisiones políticas relativas al derecho a la salud, adoptadas en los planos comunitario y nacional”<sup>292</sup>.

**4.1.3.2.3.6. Obligación de adoptar medidas inmediatas del derecho a la salud.** De acuerdo con el Comité<sup>293</sup>, si bien el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone la progresiva realización de los derechos y reconoce las restricciones por limitaciones de recursos disponibles, impone a los Estados Partes obligaciones inmediatas relativas al derecho a la salud, como la de garantizar que el derecho sea ejercitado sin discriminación de ningún tipo (artículo 2.2 PIDESC) y la obligación de adoptar medidas positivas y concretas, dirigidas a la completa realización del derecho a la salud contemplado en el artículo 12. Conforme al principio 20 de los Principios de Maastricht, de las personas y grupos susceptibles de sufrir un daño especialmente desproporcionado por la violación de derechos económicos, sociales y culturales se encuentran los refugiados y las personas desplazadas internamente, la población de territorios ocupados, los grupos indígenas o tribales, los grupos de bajos ingresos, las mujeres, las minorías, los ancianos, los niños, las personas discapacitadas, los campesinos sin tierras, etc. De manera que dichas medidas deben ser adoptadas inmediatamente con respecto a aquellos grupos de mayor vulnerabilidad y precariedad.

**4.1.3.2.3.7. Obligaciones legales específicas.** Al igual que todos los derechos humanos, el derecho a la salud impone tres tipos o niveles de obligaciones a los Estados Partes: la obligación de respetar, proteger y cumplir. A continuación se indicarán aquellos ámbitos de cada uno que más se relacionan con nuestra tesis, de la siguiente manera:

→ **La obligación de respetar exige que los Estados se abstengan de injerirse directa o indirectamente en el disfrute del derecho a la salud.**— El Comité coloca como ejemplos, entre otros: “absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos”; “abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política

---

<sup>292</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 17.

<sup>293</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 30.

de Estado”; la obligación del Estado de abstenerse de prohibir o impedir los cuidados preventivos, las prácticas curativas y las medicinas tradicionales, comercializar medicamentos peligrosos y aplicar tratamientos médicos coercitivos, salvo en casos excepcionales para el tratamiento de enfermedades mentales o la prevención de enfermedades transmisibles y la lucha contra ellas”; “abstenerse de limitar el acceso a los anticonceptivos u otro medios de mantener la salud sexual”; o “limitar el acceso a los servicios de salud como medida punitiva, por ejemplo durante conflictos armados, en violación del derecho internacional humanitario”<sup>294</sup>.

→ **La obligación de proteger requiere que los Estados adopten medidas para impedir que terceros interfieran en la aplicación de las garantías prevista en el artículo 12.**– El Comité coloca como ejemplos, entre otros: “adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros”; “velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud”; “controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros”; “de adoptar medidas para proteger a todos los grupos vulnerables o marginados de la sociedad, en particular las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas mayores, teniendo en cuenta los actos de violencia desde la perspectiva de género”; y “los Estados deben velar asimismo por que terceros no limiten el acceso de las personas a la información y los servicios relacionados con la salud”<sup>295</sup>.

→ **La obligación de cumplir –que comprende la obligación de *facilitar, proporcionar y promover*– requiere que los Estados adopten medidas apropiadas de carácter legislativo, administrativo, presupuestario, judicial o de otra índole para dar plena efectividad al derecho a la salud.**– El Comité coloca como ejemplos, entre otros: “Estados Partes reconozcan suficientemente el derecho a la salud en sus sistemas políticos y ordenamientos jurídicos nacionales, de preferencia mediante la aplicación de leyes”; “adopten una política nacional de salud acompañada de un plan detallado para el ejercicio del derecho a la salud”; “Estados deben garantizar la atención de la salud, en

---

<sup>294</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 34.

<sup>295</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 35.

particular estableciendo programas de inmunización contra las principales enfermedades infecciosas”; “y velar por el acceso igual de todos a los factores determinantes básicos de la salud, como alimentos nutritivos sanos y agua potable, servicios básicos de saneamiento y vivienda y condiciones de vida adecuadas”; “la existencia de un número suficiente de hospitales, clínicas y otros centros de salud”; “el establecimiento de un sistema de seguro de salud público, privado o mixto que sea asequible a todos”; “el fomento de las investigaciones médicas y la educación en materia de salud”; “la organización de campañas de información, en particular por lo que se refiere al VIH/SIDA, la salud sexual y genésica”; y “los Estados también tienen la obligación de adoptar medidas contra cualquier otra amenaza que se determine mediante datos epidemiológicos”<sup>296</sup>.

**4.1.3.2.3.8. La obligación de progresividad y la prohibición de regresividad del derecho a la salud.** La obligación de progresividad, en la efectiva aplicación de los derechos reconocidos, en el caso del PIDESC, se encuentra incorporado en el artículo 2.1, al establecer que “Cada uno de los Estados en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos reconocidos”.

A su respecto, en la Observación General N°3, de 1990, denominado “La índole de las obligaciones de los estados partes –párrafo 1 del art. 2 del Pacto–”, el Comité<sup>297</sup> dispone que las medidas que el Estado debe adoptar para la plena efectividad de los derechos reconocidos deben ser deliberadas, concretas y orientadas hacia el cumplimiento de las obligaciones reconocidas en el Pacto.

Relativo a la exigencia de progresividad, Abramovich y Courtis<sup>298</sup> señalan que esta noción abarca dos sentidos complementarios. Por una parte, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos establecidos en el Pacto supone una cierta

---

<sup>296</sup> Véase la O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafos 33, 36 y 37.

<sup>297</sup> O.G. N°3, de 1990, del Comité PIDESC, párrafo 2.

<sup>298</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, Op. Cit., p. 93.

gradualidad y, por la otra, el sentido de progreso consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales.

La progresividad en la efectiva aplicación y goce de los derechos ciertamente se ve vulnerada, tanto en el plano teórico como en el plano práctico, con el sobrevenimiento de los conflictos armados y su impacto en el derecho a la salud de las poblaciones afectadas, así como también con la existencia de zonas de emergencia humanitaria en áreas, regiones o países completos –sea por conflictos internacionales, enfrentamientos con carácter de guerras civiles o emergencias humanitarias de cualquier índole–, vulneran de manera irreversible el derecho a la salud de sus habitantes y afecta gravemente todos los ámbitos de la salud de las poblaciones que los sufren.

**Obligaciones de no–hacer de los Estados, de no dañar la salud.**– La faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, de prestaciones que deben realizar los Estados, de obligaciones positivas. Sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos, la existencia concomitante de obligaciones de no–hacer, que en el caso del derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud<sup>299</sup>.

**La prohibición de regresividad.**– La prohibición de regresividad, o mejor dicho, la obligación de no regresividad en la adopción de políticas y medidas que implementan los Estados para la efectiva aplicación de los derechos reconocidos, constituye la obligación mínima asumida por todo Estado. Respecto del derecho a la salud, esto se aplica relativo a aquellas medidas que afecten la satisfacción de niveles esenciales del derecho a la salud, lo que no puede acaecer bajo ninguna circunstancia. En la Observación General N°14, el Comité, según expresa referencia del párrafo 47, declara inderogables las obligaciones consideradas en el párrafo 43 y considera las obligaciones señaladas en el párrafo 44 de prioridad comparable. Cabe señalar que todas estas obligaciones (párrafo 43 y 44) se ven gravemente vulneradas con la irrupción de conflictos armados y los impactos que generan en las poblaciones civiles, así como en

---

<sup>299</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, Op. Cit., p. 25.

aquellas áreas o zonas afectadas por una emergencia humanitaria, todos efectos regresivos.

El Propio Comité<sup>300</sup> recuerda que todo Estado, envuelto en una situación de conflicto armado, debe abstenerse de afectar y limitar el acceso a los servicios de salud en violación del derecho humanitario internacional. Asimismo, les queda prohibido el uso y prueba de armas nucleares, biológicas o químicas, si tales pruebas resultan en la emanación de sustancias peligrosas para la salud humana.

De acuerdo con Abramovich y Courtis<sup>301</sup>, en los Principios de Maastricht, se distingue entre las violaciones de los derechos por acción y las violaciones de los derechos por omisión. Entre las violaciones por acción de los Estados, de acuerdo con el Principio 14, se encuentran la adopción de políticas manifiestamente incompatibles con obligaciones legales preexistentes relativas a esos derechos y la adopción de cualquier medida deliberadamente regresiva que reduzca el alcance en el que se garantiza el derecho. Por su parte, entre las violaciones por omisión, de acuerdo con el Principio 15, la no consecución de estándares mínimos internacionales de cumplimiento generalmente aceptados, cuya consecución está dentro de las posibilidades del Estado. Estas acciones y omisiones se vulneran gravemente con la irrupción de conflictos armados.

**4.1.3.2.3.9. Responsabilidad de la comunidad internacional.** Todas las medidas que deben ser adoptadas por los Estados Partes, conforme a lo preceptuado en el artículo 12.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, se ven completamente vulnerados con el sobrevenimiento de los conflictos armados o en zonas de emergencia humanitaria. Por ello, el Comité<sup>302</sup> indica que:

→ todos los Estados tienen una responsabilidad individual y conjunta, de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas y de relevantes resoluciones emanadas de la Asamblea General de las Naciones Unidas y de la Asamblea Mundial de la Salud, de cooperar en

---

<sup>300</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 34.

<sup>301</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, Op. Cit., pp. 80-81.

<sup>302</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafos 40-41.

la provisión de ayuda humanitaria y de asistencia frente a desastres en tiempos de emergencia, incluida la asistencia a refugiados y personas internamente desplazadas.

→ de contribuir a dicha cooperación y asistencia hasta el máximo de sus capacidades, con prioridad en la provisión de asistencia médica internacional, distribución y administración de recursos tales como agua segura y potable, alimento, elementos médicos y, ayuda financiera que debe ser otorgada a los grupos más vulnerables y marginales de la población.

→ atendida la fácil transmisibilidad de algunas enfermedades para traspasar fronteras, la comunidad internacional tiene la responsabilidad colectiva de enfrentar este problema.

→ los Estados Partes económicamente desarrollados tienen un interés y responsabilidad especial en asistir en estas materias a los Estados en desarrollo más pobres.

→ los Estados Partes deben inhibirse, en todo momento, de imponer embargos u otras medidas de carácter similar que restrinja el suministro de otro Estado, de medicinas y equipamiento médico adecuado. Se añade que las restricciones a tales bienes nunca deben ser usados como un instrumento económico y político de presión. Se reitera la posición establecida en la Observación General N°8, relativo a la relación entre sanciones económicas y el respeto por los derechos económicos, sociales y culturales.

**4.1.3.2.3.10. Obligaciones básicas inderogables del derecho a la salud.** Las obligaciones esenciales y básicas de los Estados de asegurar el adecuado cumplimiento de, a lo menos, niveles mínimos de satisfacción del derecho a la salud de las poblaciones, fueron expresadas ya hace mucho tiempo, en la Declaración de Alma-Ata, en la Conferencia Internacional de Atención Primaria en Salud, celebrada entre el 6 y el 12 de septiembre de 1978, las que fueron reconocidas expresamente y adoptadas en tal calidad por el Comité en el Párrafo 43 de la Observación General N°14.

El Comité considera que entre esas obligaciones básicas figuran, como mínimo, las siguientes:

- a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;
- b) Asegurar el acceso a una alimentación esencial mínima que sea nutritiva, adecuada y segura y garantice que nadie padezca hambre;
- c) Garantizar el acceso a un hogar, una vivienda y unas condiciones sanitarias básicos, así como a un suministro adecuado de agua limpia potable;
- d) Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS;
- e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud;
- f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.

Según lo señala expresamente el Comité<sup>303</sup> al referirse a las obligaciones del párrafo 43, ningún Estado parte puede, bajo circunstancia alguna, justificar su incumplimiento, atendido su carácter inderogable. El Comité<sup>304</sup>, confirma a su vez, las siguientes obligaciones de los Estados, que considera de prioridad comparable a las enunciadas en el párrafo 43, las cuales corresponden a:

---

<sup>303</sup> Véase la O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 47.

<sup>304</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 44.

→ asegurar la atención de salud reproductiva, maternal (tanto pre y post-natal) e infantil.

→ *proveer inmunizaciones contra las mayores enfermedades infecciosas presentes en la comunidad.*

→ *adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar enfermedades epidémicas y endémicas.*

→ *proveer de educación y acceso de información relativo a los mayores problemas de salud de la comunidad, incluyendo métodos de prevención y control de los mismos.*

→ proveer de capacitación apropiada al personal de salud, incluida educación en salud y derechos humanos.

El Comité<sup>305</sup> enfatiza explícitamente de incumbencia de los Estados Partes y de otros actores en posición de otorgar asistencia, el proveer la asistencia y cooperación internacionales, especialmente técnica y económica, en concordancia con el artículo 2.1 del Pacto, que permitan a los países en desarrollo cumplir sus obligaciones básicas y esenciales en los párrafos 43 y 44 de la Observación General N°14.

#### **Obligación de formular una estrategia y plan de acción nacional de salud pública.–**

Los Estados tienen la obligación de formular un plan de acción para alcanzar progresivamente la efectividad de los derechos consagrados en el Pacto<sup>306</sup>. Atendida dicha obligación, deben desarrollar una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública, elaborados y revisados periódicamente, sobre la base de un proceso participativo y transparente. Según el párrafo 43 letra f) de la Observación General, la estrategia y el plan deben prever métodos, indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados, *prestando especial atención a los grupos vulnerables en el diseño y en la ejecución del plan. Esta*

---

<sup>305</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 45.

<sup>306</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, Op. Cit., p.85.



*obligación de adoptar e implementar un plan de acción y una estrategia pública en salud debe ser realizada sobre la base de evidencia epidemiológica.*

En el párrafo 53 de la Observación General, el Comité establece que la adopción de aquella estrategia nacional que asegure a todos el disfrute del derecho a la salud, se debe basar en principios de derechos humanos que definan los objetivos de la estrategia y, la formulación de políticas e indicadores y bases de referencia correspondientes al derecho a la salud. Dicha estrategia nacional de salud debiera también identificar los recursos disponibles para lograr los objetivos definidos, así como la manera más costo–efectiva de utilizar aquellos recursos.

**Las estrategias nacionales de salud requieren identificar indicadores y bases de referencia del derecho a la salud.**— Teniendo en cuenta que el artículo 12.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, establece a modo ilustrativo diversas medidas que requieren adoptar los Estados en materia de salud para la efectividad de este derecho, resulta indispensable a su respecto, el establecimiento de indicadores que puedan servir de parámetro para su medición y para evaluar la efectividad de las políticas diseñadas y aplicadas en la materia. La utilización de estos indicadores resultan fundamentales en las medidas que deben adoptar los Estados, como las señaladas a modo ilustrativo y de ejemplo, en el artículo 12.2 del PIDESC, a saber:

→ la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños;

→ El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente;

→ *la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas;*

→ la creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.

Como señalan Abramovich y Courtis<sup>307</sup>, la utilización de indicadores resulta especialmente relevante cuando se exige al Estado el cumplimiento de ciertos objetivos que resultan mensurables, como los enunciados precedentemente, constituyendo el propósito de la utilización de todo sistema de indicadores al dar debida cuenta de la voluntad y de la capacidad del Estado de promover y proteger los derechos humanos, en este caso relativo al derecho a la salud.

A dicho respecto, el Comité<sup>308</sup> se refiere expresamente a la necesidad de utilizar indicadores y bases de referencia al analizar el contenido del derecho a la salud, y señala que los indicadores deben ser diseñados para monitorear, a nivel nacional e internacional, las obligaciones de todo Estado Parte según el artículo 12. De tal manera señala el Comité, que al identificar de manera apropiada los indicadores de salud, los Estados Parte deben establecer las bases de referencia para ayudar a monitorear la implementación del artículo 12 y así determinar, en definitiva, si aquellas bases de referencia han sido logradas y las razones para cualquier dificultad a su respecto.

**4.1.3.2.3.11. Obligación de adecuar el marco legal interno y el derecho a contar con un recurso judicial efectivo en los planos nacional e internacional.** En una anterior Observación General del Comité, la N°9, de 1998, relativa a “La aplicación interna del Pacto”, se afirma que los Estados deben ordenar aquellas medidas necesarias que permitan a las personas individuales o los grupos agraviados disponer de medios de reparación y de recursos, así como de mecanismos idóneos que garanticen la responsabilidad de los gobiernos. En lo que respecta al derecho a la salud, el Comité<sup>309</sup> ha especificado el deber del Estado de otorgar la debida protección mediante leyes que aseguren el acceso igualitario a la atención de salud y a los servicios relacionados con la salud proporcionados por terceros. Asimismo, los Estados deben velar por que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios de atención de la salud, así como la obligatoriedad de controlar, en todo momento, la comercialización de equipo médico y medicamento por terceros, y de regular el ejercicio profesional de la medicina.

---

<sup>307</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, Op. Cit., p. 91.

<sup>308</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafos 57 y 58.

<sup>309</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 35.

Asimismo, toda persona o grupo víctima de una violación al derecho a la salud debe contar con un recurso judicial efectivo en los planos nacional e internacional. El Comité<sup>310</sup> establece que toda persona o grupo que sea víctima de una violación del derecho a la salud deberá contar con un recurso judicial efectivo u otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional. A su respecto, reconoce que los Estados Parte están obligados por dimensiones tanto individuales como colectivas del derecho a la salud del artículo 12, atendido que precisamente en esta materia, adquieren fundamental relevancia los derechos colectivos, motivo por el cual las políticas de salud pública modernas otorgan un fuerte componente a la prevención y promoción, enfoques dirigidos primordialmente a grupos y colectivos.

En definitiva, el Comité<sup>311</sup> observa que todas las víctimas de violaciones a su respecto, deben tener derecho a una adecuada reparación, que puede tomar la forma de restitución, compensación, satisfacción o bien, de garantías de no repetición. De tal manera, los ombudsmen nacionales, comisiones de derechos humanos, foros de consumidores, asociaciones de derechos de pacientes o instituciones similares deben hacerse cargo de las violaciones al derecho a la salud.

**4.1.3.2.4. Observación General N°17<sup>312</sup>, de 2005, del Comité PIDESC, sobre el derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto).** A continuación se transcribe la letra c) del párrafo 1 del artículo 15 que es objeto de este comentario general, sin perjuicio de lo cual se debe tener especialmente en cuenta su relación con el resto del artículo, el cual también es considerado en numerosas oportunidades por el Comité en esta Observación General N°17, teniendo especial relevancia para la tesis la letra b) del párrafo 1, que hasta la fecha no ha sido objeto en particular de un comentario general.

---

<sup>310</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 59.

<sup>311</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 59.

<sup>312</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/GC/17, de 12 de enero de 2006, del Comité PIDESC.

“Artículo 15<sup>313</sup>

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a:  
(...) c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora”.

Al principiar la Observación General, el Comité efectúa una importante afirmación que es importante tener en cuenta y distinguir: “El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora es un derecho humano, que deriva de la igualdad y la valía inherentes a toda persona. Este hecho distingue el derecho consagrado en el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 y otros derechos humanos de la mayoría de los derechos legales reconocidos en los sistemas de propiedad intelectual. Los primeros son derechos fundamentales, inalienables y universales del individuo y, en ciertas circunstancias, de grupos de individuos y de comunidades. Los derechos humanos son fundamentales porque son inherentes a la persona humana como tal, mientras que los derechos de propiedad intelectual son ante todo medios que utilizan los Estados para estimular la inventiva y la creatividad, alentar la difusión de producciones creativas e innovadoras, así como el desarrollo de las identidades culturales, y preservar la integridad de las producciones científicas, literarias y artísticas para beneficio de la sociedad en su conjunto”<sup>314</sup>.

**4.1.3.2.4.1. Disposición en análisis.** La Observación General N°17 del Comité PIDESC si bien en principio se dirige a la disposición contemplada en el artículo 15 numeral 1 letra c, se sitúa en todo el contexto del artículo 15, por cuanto se encuentra intrínsecamente relacionado con los demás derechos reconocidos en el artículo 15.

---

<sup>313</sup> A continuación se transcribe en su integridad el Artículo 15 del Pacto: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a: a) Participar en la vida cultural; b) Gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones; c) Beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autora. 2. Entre las medidas que los Estados Partes en el presente Pacto deberán adoptar para asegurar el pleno ejercicio de este derecho, figurarán las necesarias para la conservación, el desarrollo y la difusión de la ciencia y de la cultura. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la indispensable libertad para la investigación científica y para la actividad creadora. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen los beneficios que derivan del fomento y desarrollo de la cooperación y de las relaciones internacionales en cuestiones científicas y culturales”.

<sup>314</sup> O.G. N°17, de 2005, del Comité PIDESC, párrafo 1.

De tal manera, la relación entre los otros derechos del artículo 15 –el derecho a participar en la vida cultural (apartado a) del párrafo 1 y el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones (apartado b) del párrafo 1– y el apartado c) del párrafo 1 del artículo 15, “los refuerza mutuamente y los limita recíprocamente”, en palabras del propio Comité<sup>315</sup>.

Por tanto, es de mucho interés para nuestra tesis, teniendo en consideración las implicancias y efectos que generan las regulaciones y acuerdos internacionales en materia de propiedad intelectual y de comercio –que recoge y cita el párrafo 2 de la Observación General– en materias esenciales para la configuración del derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas como lo son: el acceso a medicamentos esenciales y vacunas, y la investigación y desarrollo de nuevos productos sanitarios.

En efecto, el derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones tiene por objeto asegurar que todos los miembros de la sociedad puedan disfrutar de los adelantos científicos, en especial los grupos desfavorecidos y por tanto, este derecho incluye el derecho de todos a buscar y recibir información sobre los adelantos resultantes de los nuevos conocimientos científicos y a tener acceso a cualquier novedad que pueda acrecentar el disfrute del derecho a la salud.

**4.1.3.2.4.2. Limitaciones al derecho del artículo 15 numeral 1 letra c.** El Comité PIDESC hace presente de entrada –en el propio párrafo cuarto de la Observación General– que las limitaciones concomitantes impuestas al derecho de los autores a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales resultantes de sus producciones científicas, literarias o artísticas en virtud de estos derechos se examinarán en parte en la presente observación general y en parte en otras observaciones generales relativas al párrafo 3 del artículo 15 del Pacto.

---

<sup>315</sup> O.G. N°17, de 2005, del Comité PIDESC, párrafo 4.

Primeramente, el Comité<sup>316</sup> alude a los artículos 4 y 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, al prevenir que los Estados parte pueden adoptar tanto a nivel internacional como a nivel nacional normas más elevadas de protección de los intereses morales y materiales de los autores, siempre que estas normas no limiten injustificadamente el disfrute por terceros de los derechos reconocidos en el Pacto, entre ellos por cierto el derecho al más alto nivel posible de salud física y mental.

Luego, fundado en el interés público, el Comité precisa claramente que el derecho consagrado en el artículo 15 numeral 1 letra c) está sujeto a limitaciones y debe equilibrarse con los demás derechos reconocidos en el Pacto, en particular, al derecho a participar en la vida cultural (apartado a) del párrafo 1 del artículo 15) y al derecho a disfrutar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones (apartado b) del párrafo 1 del artículo 15), así como a los derechos a la alimentación (art. 11), *la salud* (art. 12) y la educación (art. 13)<sup>317</sup>.

**4.1.3.2.4.3. Obligaciones conexas<sup>318</sup>.** El Comité alude en varias oportunidades acerca del rol de los Estados Partes de lograr un equilibrio entre las obligaciones que le impone la disposición del artículo 15 párrafo 1 letra c) y las obligaciones que le asisten en el marco de otras disposiciones del Pacto, por cuanto en su concepto “no deberían privilegiarse indebidamente los intereses privados de los autores y debería prestarse la debida consideración al interés público en el disfrute de un acceso generalizado a sus producciones”. Esto es muy importante para el tema de nuestra tesis.

En definitiva el Comité asevera que “la propiedad intelectual es un producto social y tiene una función social”, y que atendido ello, debe prevenir que el ejercicio del derecho consagrado en la disposición de la letra c) “no menoscaben su capacidad para cumplir sus obligaciones fundamentales en relación con los derechos a la alimentación, la salud y la educación, así como a participar en la vida cultural y a gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones, o de cualquier otro derecho reconocido en el Pacto”.

---

<sup>316</sup> O.G. N°17, de 2005, del Comité PIDESC, párrafo 11.

<sup>317</sup> Véase la O.G. N°17, de 2005, del Comité PIDESC, párrafos 22 y 24.

<sup>318</sup> Véase la O.G. N°17, de 2005, del Comité PIDESC, párrafos 35 y 56.

De tal manera, y aludiendo directamente a materias de nuestro mayor interés, como quedará bastante claro a lo largo de esta tesis, “los Estados tienen el deber de impedir que se impongan costos irrazonablemente elevados para el acceso a medicamentos esenciales, semillas u otros medios de producción de alimentos, o a libros de texto y material educativo, que menoscaben el derecho de grandes segmentos de la población a la salud, la alimentación y la educación”, para concluir que “los Estados deben impedir el uso de los avances científicos y técnicos para fines contrarios a la dignidad y los derechos humanos, incluidos los derechos a la vida, la salud y la vida privada, por ejemplo excluyendo de la patentabilidad los inventos cuya comercialización pueda poner en peligro el pleno ejercicio de esos derechos”.

Esto último referido a la exclusión de la patentabilidad, constituye una discusión de gran vigencia actualmente en el ámbito de la salud pública y la lucha contra las enfermedades infecciosas y las epidemias, y se verá en bastante profundidad con ocasión de los diferentes intereses de los países con ocasión de la aplicación e interpretación del Acuerdo sobre los ADPIC en el párrafo 4.2.1, relativo a los “mercados globalizados”, de esta tesis.

Para acercar aún más a nuestra tesis esta temática, el Comité al final alude al hecho de que los Estados también son miembros de otras organizaciones internacionales, entre las que destaca la propia OMS, respecto de las cuales también los Estados “tienen la obligación de adoptar todas las medidas posibles para asegurar que las políticas y decisiones de esas organizaciones sean compatibles con las obligaciones que han contraído en virtud del Pacto, en particular las que figuran en el párrafo 1 del artículo 2, en el párrafo 4 del artículo 15 y en los artículos 22 y 23 respecto de la asistencia y la cooperación en el plano internacional”. El propio párrafo 4 del mismo artículo 15 se vincula estrechamente con el acceso a los medicamentos esenciales, así como a la indispensable cooperación internacional en la investigación y desarrollo de nuevos medicamentos y vacunas contra las enfermedades “desatendidas” y “muy desatendidas”.

**4.1.3.2.5. Observación General N°19<sup>319</sup>, de 2008, del Comité PIDESC, sobre el derecho a la seguridad social (artículo 9).** El derecho a la seguridad social se encuentra consagrado en el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

**Artículo 9 del PIDESC.**– El artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que:

“Artículo 9: Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.”.

El derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les priven de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el PIDESC.

En la legislación nacional de numerosos Estados no están previstos una seguridad social o un seguro social adecuados que protejan a las personas de edad, a las personas que tienen una discapacidad, padecen de una enfermedad o se encuentran en cualquier situación que no les permita obtener los ingresos necesarios para vivir dignamente. Al mismo tiempo, muchos países que ofrecen esa protección están comenzando a transferir la responsabilidad de estas prestaciones del Estado al sector privado. Estas cuestiones plantean serios motivos de preocupación en lo que respecta al goce de los derechos que figuran en el PIDESC<sup>320</sup>.

Su estrecha relación con el derecho a la salud queda de manifiesto a través de las preguntas que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales realiza concretamente a los Estados Partes relativo a si cuentan con servicios de seguridad social en las siguientes esferas: atención médica, subsidio de enfermedad, subsidio de

---

<sup>319</sup> Aprobada el 23 de noviembre de 2007.

<sup>320</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Folleto informativo N°16...*, Op. Cit., p. 18.



maternidad, jubilación, subsidio de invalidez, prestación al supérstite, subsidio por accidente de trabajo, subsidio de desempleo y subsidio familiar<sup>321</sup>.

El Comité ha prestado especial atención al goce de los derechos previstos en el artículo 9 por parte de las mujeres, las personas de edad (Observación General N°6, de 1995<sup>322</sup>) y las personas con discapacidad (Observación General N°5, de 1994<sup>323</sup>).

**4.1.3.2.5.1. El derecho a la seguridad social.** De acuerdo con el Comité PIDESC<sup>324</sup>, el derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a *enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar*; b) *gastos excesivos de atención de salud*; c) *apoyo familiar insuficiente*, en particular para los hijos y los familiares a cargo. Por tanto, la seguridad social, debido a su carácter redistributivo, desempeña un papel importante para reducir y mitigar la pobreza, prevenir la exclusión social y promover la inclusión social.

De acuerdo con el Comité PIDESC<sup>325</sup>, el derecho a la seguridad social ha sido reafirmado categóricamente en el derecho internacional. Las consideraciones de derechos humanos de la seguridad social aparecen claramente en la Declaración de Filadelfia de 1944, en la que se pedía “extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes los necesitan y prestar asistencia médica completa”<sup>326</sup>.

La seguridad social fue reconocida como un derecho humano en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, que declara en el artículo 22 que “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social”, y en el párrafo 1 del artículo 25 establece que toda persona tiene “derecho a los seguros en caso

---

<sup>321</sup> COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Folleto informativo N°16...*, Op. Cit., p. 18.

<sup>322</sup> Documento de las Naciones Unidas E/1996/22, anexo IV.

<sup>323</sup> Documento de las Naciones Unidas E/1995/22, anexo IV.

<sup>324</sup> O.G. N°19, de 2008, del Comité PIDESC, párrafos 2, 3 y 6.

<sup>325</sup> O.G. N°19, de 2008, del Comité PIDESC, párrafo 6.

<sup>326</sup> Declaración relativa a los fines y objetivos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), anexo a la Constitución de la OIT.

de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez y otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”. Este derecho fue posteriormente reconocido en diversos tratados internacionales de derechos humanos<sup>327</sup> y tratados regionales de derechos humanos<sup>328</sup>. En 2001, la Conferencia Internacional del Trabajo, compuesta de representantes de los Estados, empleadores y trabajadores, afirmó que la seguridad social “es...un derecho humano fundamental y un instrumento especial para crear cohesión social”<sup>329</sup>.

Sin perjuicio de ello, al Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales le preocupa el nivel sumamente bajo de acceso a la seguridad social de una gran mayoría (un 80% aproximadamente) de la población mundial, que carece actualmente de acceso a una seguridad social estructurada. De este 80%, el 20% vive en situación de pobreza extrema<sup>330</sup>, lo cual por cierto influye decisivamente en el estado de salud de las personas y, respecto de nuestra tesis en concreto, a encontrarse especialmente vulnerables al contagio por enfermedades infecciosas.

**4.1.3.2.5.2. Naturaleza de las obligaciones de los Estados Partes respecto del derecho a la seguridad social.** De conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 del PIDESC, los Estados Partes deben tomar medidas efectivas y revisarlas en caso necesario, hasta el máximo de los recursos de que dispongan, para realizar plenamente el derecho de todas las personas, sin ningún tipo de discriminación, a la seguridad social, incluido el seguro social. La formulación del artículo 9 del PIDESC indica que las medidas que se utilicen para proporcionar las prestaciones de seguridad social no pueden definirse de manera restrictiva y, en todo caso, deben garantizar a toda persona

---

<sup>327</sup> Artículo 5 e) iv) de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; artículos 11.1 e) y 14.2 c) de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y artículo 26 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>328</sup> Artículo XVI de la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre; en el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo del Salvador); y en los artículos 12, 13 y 14 de la Carta Social Europea (versión revisada de 1996).

<sup>329</sup> Conferencia Internacional del Trabajo, 89ª reunión, *Informe del Comité de Seguridad Social*, 2001, resoluciones y conclusiones relativas a la seguridad social.

<sup>330</sup> CICHON, Micheal y HAGEMER, Krzysztoff, “*Social security for all: Investing in global, social and economic development. A consultation*”, *Issues in Social Protection Series, Discussion Paper 16*, Ginebra, Departamento de Seguridad Social de la OIT, 2006.

un disfrute mínimo de este derecho humano. De acuerdo con el Comité PIDESC<sup>331</sup>, estas medidas pueden consistir en:

- a) Planes contributivos o planes basados en un seguro, como el seguro social expresamente mencionado en el artículo 9. Estos planes implican generalmente el pago de cotizaciones obligatorias de los beneficiarios, los empleadores y a veces el Estado, juntamente con el pago de las prestaciones y los gastos administrativos con cargo a un fondo común.
- b) Los planes no contributivos, como los planes universales (que en principio ofrecen la prestación correspondiente a toda persona expuesta a un riesgo o situación imprevista particular) o los planes de asistencia social destinados a determinados beneficiarios (en que reciben las prestaciones las personas necesitadas). En casi todos los Estados habrá necesidad de planes no contributivos, ya que es poco probable que pueda proporcionarse la protección necesaria a todas las personas mediante un sistema basado en un seguro.

En cuanto a la cobertura<sup>332</sup>, todas las personas deben estar cubiertas por el sistema de seguridad social, incluidas las personas y los grupos más desfavorecidos o marginados, sin discriminación basada en algunos de los motivos prohibidos en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto. Para garantizar la cobertura de todos, resultarán necesarios los planes no contributivos.

En cuanto a las condiciones<sup>333</sup> para acogerse a las prestaciones, éstas deben ser razonables, proporcionadas y transparentes. La supresión, reducción o suspensión de las prestaciones debe ser limitada, basarse en motivos razonables y estar prevista en la legislación nacional<sup>334</sup>.

---

<sup>331</sup> O.G. N°19, de 2008, del Comité PIDESC, párrafo 4.

<sup>332</sup> O.G. N°19, de 2008, del Comité PIDESC, párrafo 23.

<sup>333</sup> O.G. N°19, de 2008, del Comité PIDESC, párrafo 24.

<sup>334</sup> El Comité observó que en virtud del Convenio N°168, de 1988, de la OIT, sobre el fomento del empleo y la protección contra el desempleo, tal medida sólo puede adoptarse en determinadas circunstancias: ausencia del territorio del Estado, si una autoridad competente ha determinado que la persona interesada contribuyó deliberadamente a su propio despido o dejó el empleo voluntariamente sin causa justa; si durante un período, una persona dejó de trabajar debido a una diferencia laboral; si la persona ha tratado de obtener o ha obtenido beneficios fraudulentamente; si la persona sin causa justa, no

Relativo a la asequibilidad<sup>335</sup>, si un plan de seguridad social exige el pago de cotizaciones, éstas deben definirse por adelantado. Los costos directos e indirectos relacionados con las cotizaciones deben de ser asequibles para todos y no deben comprometer el ejercicio de otros derechos reconocidos en el Pacto. En lo concerniente a la participación y la información<sup>336</sup>, los beneficiarios de los planes de seguridad social deben poder participar en la administración del sistema<sup>337</sup>. El sistema debe establecerse en el marco de la legislación nacional y garantizar el derecho de las personas y las organizaciones a recabar, recibir y distribuir información sobre todos los derechos ofrecidos por la seguridad social de manera clara y transparente.

Por último, respecto al acceso físico<sup>338</sup> a las prestaciones, éstas deben concederse oportunamente, y los beneficiarios deben tener acceso físico a los servicios de seguridad social con el fin de obtener las prestaciones y la información, y hacer las cotizaciones cuando corresponda. Debe prestarse la debida atención a este respecto a las personas con discapacidades, los trabajadores migrantes y las personas que viven en zonas remotas o expuestas a desastres, así como en zonas en que tienen lugar conflictos armados, de forma que también ellas puedan tener acceso a estos servicios.

**4.1.3.2.5.3. Vinculación estrecha con el derecho a la salud.**– El derecho a la seguridad social se encuentra vinculado con diversos derechos fundamentales entre los cuales ocupa un lugar destacado la protección de la salud, lo cual ha sido observado en reiteradas oportunidades por el Comité PIDESC. Durante su seguimiento de la aplicación del Pacto, el Comité<sup>339</sup> ha expresado continuamente su preocupación por la falta de acceso a una seguridad social adecuada, lo que ha socavado el ejercicio de muchos derechos amparados por el Pacto. El Comité también ha abordado sistemáticamente la cuestión del derecho a la seguridad social no sólo durante su

---

ha utilizado los servicios disponibles de colocación, orientación profesional, capacitación, perfeccionamiento o traslado de un trabajo adecuado; o si la persona recibe otra prestación de mantenimiento del ingreso prevista en la legislación del Estado pertinente, salvo que sea una prestación familiar, siempre que la parte de la prestación que se suspende no supere la de la otra prestación.

<sup>335</sup> O.G. N°19, de 2008, del Comité PIDESC, párrafo 25.

<sup>336</sup> O.G. N°19, de 2008, del Comité PIDESC, párrafo 26.

<sup>337</sup> Los artículos 71 y 72 del Convenio N°102, de 1952, de la OIT, sobre la seguridad social (normas mínimas) contiene requisitos similares.

<sup>338</sup> O.G. N°19, de 2008, del Comité PIDESC, párrafo 27.

<sup>339</sup> O.G. N°19, de 2008, del Comité PIDESC, párrafo 8.

examen de los informes de los Estados Partes sino también de sus observaciones generales y en sus diversas declaraciones<sup>340</sup>.

Dentro de las nueve ramas principales que debe abarcar el sistema de seguridad social de acuerdo con el Comité PIDESC, dos de ellas corresponden a la *atención de salud* y la de *enfermedad*, teniendo en todo caso prácticamente todas las ramas mucha relación con la salud<sup>341</sup>. En el caso de la atención de salud, de acuerdo con el Comité PIDESC<sup>342</sup>, los Estados Partes tienen la obligación de garantizar que se establezcan sistemas de salud que prevean un acceso adecuado de todas las personas a los servicios de salud<sup>343</sup>. En los casos en que el sistema de salud prevé planes privados o mixtos, estos planes deben ser asequibles de conformidad con los elementos esenciales reseñados precedentemente.

El Comité señala la especial importancia del derecho a la seguridad social en el contexto de las enfermedades endémicas, como el VIH/SIDA, la tuberculosis y el paludismo y la necesidad de proporcionar acceso a las medidas preventivas y curativas<sup>344</sup>.

Las prestaciones de seguridad social, ya sea en efectivo o en especie, deben ser suficiente en importe y duración a fin de que todos puedan gozar de sus derechos a la protección y asistencia familiar, de unas condiciones de vida adecuadas y de acceso suficientes a la atención de salud, como se dispone en los artículos 10, 11 y 12 del Pacto. De acuerdo con el Comité PIDESC<sup>345</sup>, los criterios de suficiencia deben revisarse periódicamente para asegurarse de que los beneficiarios pueden costear los bienes y servicios que necesitan para ejercer los derechos reconocidos en el Pacto. Cuando una

---

<sup>340</sup> Véanse las Observaciones Generales N°5 (1994) sobre las personas con discapacidad; N°6 (1995) sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores; N°12 (1999) sobre el derecho a una alimentación adecuada (art. 11); N°14(2000) sobre el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud (art. 12); N°15 (2002) sobre el derecho al agua (arts. 11 y 12); N°16 (2005) sobre la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (art. 3); y N°18 (2005) sobre el derecho al trabajo (art. 6). Véase también la Declaración del Comité: Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos de que disponga” de conformidad con un Protocolo Facultativo del Pacto (E/C.12/2007/1).

<sup>341</sup> Las otras siete ramas principales corresponden a: vejez; desempleo; accidentes laborales; prestaciones familiares; maternidad; discapacidad; y sobrevivientes y huérfanos.

<sup>342</sup> O.G. N°19, de 2008, del Comité PIDESC, párrafo 13.

<sup>343</sup> De acuerdo con la O.G. N°14, de 2000, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12), la cobertura debe incluir cualquier condición de morbilidad, con independencia de sus causas, el embarazo y el parto y sus consecuencias, la atención médica general y práctica y la hospitalización.

<sup>344</sup> O.G. N°19, de 2008, del Comité PIDESC, párrafo 13.

<sup>345</sup> O.G. N°19, de 2008, del Comité PIDESC, párrafo 22.

persona cotiza a un plan de seguridad social que ofrece prestaciones para suplir la falta de ingresos, debe haber una relación razonable entre los ingresos, las cotizaciones abonadas y la cuantía de la prestación pertinente.

En definitiva, para el Comité PIDESC<sup>346</sup> el derecho a la seguridad social contribuye en gran medida a reforzar el ejercicio de muchos de los derechos enunciados en el Pacto, pero son necesarias otras medidas para complementarlo. Por ejemplo, los Estados Partes deben prestar servicios sociales para la rehabilitación de las personas lesionadas y personas con discapacidad de conformidad con el artículo 6 del Pacto; proporcionar cuidado a los niños y servicios para su bienestar; proporcionar asesoramiento y asistencia para la planificación de la familia, así como servicios especiales para las personas con discapacidad y personas de edad (art. 10); adoptar medidas para luchar contra la pobreza y la exclusión social y prestar servicios sociales de apoyo (art. 11); y por supuesto adoptar medidas para prevenir las enfermedades y mejorar las instalaciones, los bienes y los servicios de salud (art. 12)<sup>347</sup>. Los Estados Partes deben también estudiar la posibilidad de establecer planes para brindar protección social a los grupos marginados y desfavorecidos, por ejemplo mediante el seguro agrícola, o contra los desastres naturales para los pequeños agricultores, o protección de los medios de subsistencia de las personas que trabajan por cuenta propia en el sector no estructurado. Sin embargo, la adopción de medidas para el disfrute de otros derechos del Pacto no constituirá en sí misma un sustituto de la creación de sistemas de seguridad social<sup>348</sup>.

Al revisar esta Observación General N°19 en conjunto con la Observación General N°14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (párrafos 43 y 44 del artículo 12), este derecho incluiría el acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud sin discriminación alguna, el suministro de medicamentos indispensables, el acceso a la atención de salud reproductiva materna (prenatal y

---

<sup>346</sup> O.G. N°19, de 2008, del Comité PIDESC, párrafo 28.

<sup>347</sup> Véase las Observaciones generales N°5 (1994) sobre las personas con discapacidad; N°6 (1995) sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas mayores; N°12 (1999) sobre el derecho a una alimentación adecuada (art. 11); N°13 (1999) sobre el derecho a la educación (art. 13); N°14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12); N°15 (2002) sobre el derecho al agua (arts. 11 y 12); y N°18 (2005) sobre el derecho al trabajo (art. 6).

<sup>348</sup> O.G. N°19, de 2008, del Comité PIDESC, párrafo 28.

posnatal) e infantil, y la inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que afectan a la comunidad<sup>349</sup>.

**4.1.3.2.5.4. No discriminación, igualdad y acceso de grupos vulnerables.** El Comité PIDESC<sup>350</sup> hace especial hincapié en la obligación de los Estados de garantizar que el derecho a la seguridad social se ejerza sin discriminación (párrafo 2 del artículo 2 del Pacto) y en condiciones de igualdad entre los hombres y mujeres (art. 3). El Pacto prohíbe toda discriminación, de hecho o de derecho, directa o indirectamente, por motivos de raza, color, sexo, edad, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad física o mental, *estado de salud (incluido VIH/SIDA)*, orientación sexual, estado civil o cualquier otra condición política, social o de otro tipo que pretenda o tenga por efecto anular o menoscabar el igual disfrute o el ejercicio del derecho a la seguridad social.

Por ello, se enfatiza que aunque toda persona tiene derecho a la seguridad social, los Estados Partes deben prestar especial atención a las personas y los grupos que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular las mujeres, los desempleados, los trabajadores insuficientemente protegidos por la seguridad social, las personas que trabajan en el sector no estructurado, los trabajadores enfermos o lesionados, las personas con discapacidad, las personas de edad, los niños y adultos a cargo, los trabajadores domésticos, las personas que trabajan en su domicilio, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los repatriados, los no nacionales, los presos y los detenidos.

Asimismo, por su precariedad, el Comité PIDESC manifiesta su especial preocupación respecto de determinados sectores vulnerables y su acceso a la seguridad social<sup>351</sup>:

→ Poblaciones indígenas y grupos minoritarios.— Los Estados Partes deben tratar en particular de que las poblaciones indígenas y las minorías raciales, étnicas y lingüísticas no queden excluidas de los sistemas de seguridad social por discriminación directa o

---

<sup>349</sup> Véase la O.G. N°19, de 2008, del Comité PIDESC, nota al pie de página n.º 35.

<sup>350</sup> O.G. N°19, de 2008, del Comité PIDESC, párrafos 29 y 31.

<sup>351</sup> O.G. N°19, de 2008, del Comité PIDESC, párrafos 35-39.

indirecta, en particular debido a la imposición de condiciones de admisión poco razonables, o la falta de información suficiente.

→ No nacionales (incluidos los trabajadores migratorios, los refugiados, los solicitantes de asilo y los apátridas).– El párrafo 2 del artículo 2 prohíbe la discriminación por motivos de nacionalidad, y el Comité observa que el Pacto no contiene ninguna limitación jurisdiccional expresa. Cuando los no nacionales, entre ellos los trabajadores migratorios, han cotizado a un plan de seguridad social, deben poder beneficiarse de esa cotización o recuperarla si abandonan el país<sup>352</sup>. Los derechos de los trabajadores migratorios tampoco deben verse afectados por el cambio del lugar de trabajo. Los no nacionales deben poder tener acceso a planes no contributivos de apoyo a los ingresos, y acceso asequible a la atención de salud y el apoyo a la familia. Cualquier restricción, incluido un período de carencia, debe ser proporcionada y razonable. Todas las personas, independientemente de su nacionalidad, residencia o condición de inmigración, tienen derecho a atención médica primaria y de emergencia.

Los refugiados, apátridas, solicitantes de asilo y otras personas o grupo desfavorecidos y marginados deben disfrutar del mismo trato para el acceso a los planes de seguridad social no contributivos, incluido un acceso razonable a la atención de la salud y el apoyo a la familia, de conformidad con las normas internacionales<sup>353</sup>.

→ Desplazados internos e inmigrantes internos.– Los desplazados internos no deben sufrir ningún tipo de discriminación en el disfrute de su derecho a la seguridad social, y los Estados Partes deben tomar medidas proactivas para garantizar su acceso en igualdad de condiciones a los planes, por ejemplo eximiéndolos cuando corresponda de los requisitos de residencia y disponiendo que puedan recibir prestaciones u otros servicios afines en el lugar de desplazamiento. Los migrantes internos deben poder tener acceso a la seguridad social en su lugar de residencia, y los sistemas de registro de residencia no deben restringir el acceso a la seguridad social de las personas que se desplazan a otro distrito en donde no están registrados.

---

<sup>352</sup> Véase el informe del Secretario General de las Naciones Unidas sobre migración internacional y desarrollo (A/60/871), párrafo 98.

<sup>353</sup> Véanse los artículos 23 y 24 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados y los artículos 23 y 24 de la Convención sobre el Estatuto de las Apátridas.



**4.1.3.2.5.5. Obligaciones básicas de los Estados Partes en seguridad social.** Los Estados Partes tienen una obligación básica de asegurar, al menos, la satisfacción de niveles mínimos indispensables de cada uno de los derechos enunciados en el Pacto<sup>354</sup>. Para ello, el Comité PIDESC<sup>355</sup> observa que cada estado deberá:

- a) Asegurar el acceso a un sistema de seguridad social que ofrezca a todas las personas y familias un nivel mínimo indispensable de prestaciones que les permita obtener por lo menos atención de salud esencial<sup>356</sup>, alojamiento y vivienda básicas, agua y saneamiento, alimentos y las formas más elementales de educación. Si un Estado Parte no puede proporcionar ese nivel mínimo para todos los riesgos e imprevistos hasta el máximo de los recursos de que dispone, el Comité recomienda que el Estado Parte, tras celebrar amplias consultas, seleccione un grupo básico de riesgos e imprevistos sociales;
- b) Asegurar el derecho de acceso a los sistemas o planes de seguridad social sin discriminación alguna, en especial para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados<sup>357</sup>;
- c) Respetar y proteger los regímenes de seguridad social existentes de injerencias injustificadas<sup>358</sup>;
- d) Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales en materia de seguridad social<sup>359</sup>;
- e) Adoptar medidas para aplicar planes de seguridad social, en particular los destinados a proteger a las personas y los grupos desfavorecidos y marginados<sup>360</sup>;
- f) Vigilar hasta qué punto se ejerce el derecho a la seguridad social<sup>361</sup>.

En definitiva, el Comité PIDESC previene que para que un Estado Parte pueda atribuir el incumplimiento de sus obligaciones mínimas a la falta de recursos disponibles,

---

<sup>354</sup> Véase la O.G. N°3, de 1990, del Comité PIDESC, sobre la índole de las obligaciones de los Estados.

<sup>355</sup> O.G. N°19, de 2008, del Comité PIDESC, párrafos 59-61.

<sup>356</sup> Véase la O.G. N°19, del Comité PIDESC, nota al pie de página n.º 35.

<sup>357</sup> Véase la O.G. N°19, de 2008, del Comité PIDESC, párrafos 29-31.

<sup>358</sup> Véase la O.G. N°19, de 2008, del Comité PIDESC, párrafos 44-46.

<sup>359</sup> Véase la O.G. N°19, de 2008, del Comité PIDESC, párrafos 68-70.

<sup>360</sup> El Comité PIDESC ilustra como ejemplos para este efecto los párrafos 31-39 de la O.G. N°19.

<sup>361</sup> Véase la O.G. N°19, de 2008, del Comité PIDESC, párrafo 74.

deberá demostrar que ha hecho todo lo que está a su alcance para utilizar todos los recursos a su disposición, en un esfuerzo por satisfacer, con carácter prioritario, estas obligaciones mínimas<sup>362</sup>. Asimismo, el Comité PIDESC hace mención a la necesidad de que los Estados Partes y otros agentes que estén en condiciones de ayudar, presten asistencia técnica y cooperación internacional, en especial económica y técnica, que permita a los países en desarrollo cumplir sus obligaciones básicas.

**4.1.3.2.5.6. Cumplimiento en plano nacional y violaciones del derecho a la seguridad social.** De acuerdo con el Comité PIDESC<sup>363</sup>, para probar el cumplimiento de sus obligaciones generales y particulares, los Estados deben demostrar que han tomado las medidas necesarias a fin de asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la seguridad social hasta el máximo de los recursos de que disponen y que han garantizado el disfrute de ese derecho sin discriminación tanto por los hombres como por las mujeres por igual (artículo 2 y 3 del Pacto). De conformidad con el derecho internacional, el no actuar de buena fe para tomar estas medidas constituye una violación del Pacto<sup>364</sup>.

Asimismo, en aplicación de las obligaciones que emanan del Pacto y de conformidad con el párrafo 1 artículo 2 del Pacto, los Estados Partes deberán recurrir a “todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas”. Todo Estado Parte tiene un margen de discreción para determinar qué medida son las más convenientes para hacer frente a sus circunstancias específicas. No obstante, el Pacto impone claramente a cada Estado Parte la obligación de adoptar las medidas que sean necesarias para que toda persona disfrute del derecho a la seguridad social lo antes posible.

**4.1.3.3. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.** A continuación se indicarán las principales recomendaciones y observaciones emanadas del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales a través del mecanismo no contencioso<sup>365</sup>

---

<sup>362</sup> Véase la O.G. N°3, de 1990, del Comité PIDESC, párrafo 10.

<sup>363</sup> O.G. N°19, de 2008, del Comité PIDESC, párrafos 62 y 66.

<sup>364</sup> Para este efecto el Comité PIDESC alude al artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

<sup>365</sup> Respecto de los mecanismos no contenciosos de los informes de los Estados Partes y su revisión por el Comité respectivo, Carlos Villán Durán indica que: “Los mecanismos de protección de los derechos

instalado en el Pacto y que se indicará a continuación (Párrafo 4.1.3.3.1), que permiten identificar las principales dificultades y problemas que tienen los países para dar cumplimiento al derecho a la salud, sus derechos conexos y principales factores determinantes, así como la individualización de sus grupos poblacionales más vulnerables, que en definitiva dificultan el ejercicio del derecho humano a la atención primaria en la lucha contra las enfermedades infecciosas que proponemos en esta tesis.

Luego se anunciará el mecanismo de denuncia de particulares (Párrafo 4.1.3.3.2) contemplado en el Protocolo Facultativo, que comenzará a regir tan pronto se produzcan las ratificaciones de los Estados Partes, necesarias para su entrada en vigencia, mecanismo que ha tenido gran desarrollo en otros Pactos o Convenciones Internacionales, que se verán más adelante en este capítulo.

**4.1.3.3.1. Mecanismo no contencioso**<sup>366</sup>. Aunque el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales puede ayudar a aplicar el Pacto desde una perspectiva internacional, en última instancia la eficacia de este instrumento depende de las medidas que adopten los gobiernos para dar cumplimiento efectivo a sus obligaciones internacionales. A este respecto, el Comité ha reconocido la importancia esencial de que los Estados adopten medidas legislativas apropiadas e instituyan recursos judiciales, señalando el verdadero carácter legal de los derechos económicos, sociales y culturales.

La función primordial del Comité es vigilar la aplicación del Pacto por los Estados Partes. Para ello se esfuerza en fomentar un diálogo constructivo con los Estados Partes y procura determinar por diversos medios si los Estados Partes aplican adecuadamente o

---

humanos que incluimos bajo la rúbrica de <no contenciosos> son los procedimientos más antiguos establecidos y, por consiguiente, los que más se parecen a los mecanismos que ofrece el DI clásico en materia de arreglo de controversias entre Estados. En efecto, por el más representativo de estos procedimientos (el de los informes periódicos) los Estados se obligan simplemente a presentar de forma periódica informes sobre las disposiciones que hayan adoptado para dar efecto a los derechos consagrados en un determinado tratado internacional de que sean Partes, así como sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce efectivo de esos derechos en sus respectivos ámbitos internos. Tales informes serán examinados por Comités de expertos independientes establecidos en los mismos tratados, a cuyos efectos esos Comités mantendrán un diálogo con los representantes del país de turno” (VILLAN DURAN, Carlos, *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2002, p. 381).

<sup>366</sup> Para un detallado estudio de los mecanismos no contenciosos previstos en el sistema de las Naciones Unidas de protección de los derechos humanos, véase: VILLAN DURAN, Carlos, *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 381-436 (Lección 8 “Mecanismos No Contenciosos: Información y Conciliación”).

no las normas contenidas en el Pacto y cómo podría mejorarse la aplicación y el cumplimiento del mismo para que todas las personas con derecho a ello puedan efectivamente gozar plenamente de los derechos consagrados en el Pacto.

A continuación veremos sucintamente algunas observaciones y recomendaciones que el Comité ha realizado –referidas específicamente a la prevención y control de las enfermedades infecciosas y las medidas que cabe adoptar o continuar desarrollando a su respecto a nivel nacional en el ámbito de la atención primaria de salud– al efectuar el examen de los informes presentados por los Estados Partes en conformidad con los artículos 16 y 17 del PIDESC. Las observaciones y recomendaciones del Comité PIDESC serán ordenadas cronológicamente de más recientes a menos recientes.

**i) Australia (PIDESC 2009).–**

Pese a la voluntad del Estado parte de "colmar la brecha" entre los principales indicadores de salud de la población indígena y no indígena, el Comité observa con preocupación el alto grado de prevalencia de la mala salud entre los indígenas, en particular las mujeres y los niños (párrafo 2 del artículo 2 y artículo 12).

El Comité exhorta al Estado parte a que adopte sin demora medidas destinadas a mejorar el estado de salud de los indígenas, en particular las mujeres y los niños, entre otras cosas mediante el establecimiento de un marco de derechos humanos que garantice el acceso a elementos sociales determinantes para la salud, como la vivienda, el agua potable, la electricidad y unos sistemas eficaces de saneamiento. Además, el Comité invita al Estado parte a identificar unos indicadores de salud desglosados y unos puntos de referencia nacional adecuados en relación con el derecho a la salud, en consonancia con la Observación general N° 14 del Comité y a incluir información sobre esos indicadores y esos puntos de referencia en su próximo informe periódico.

Además, el Comité observa con preocupación que, por lo general, los servicios de salud en las prisiones no son adecuados y, en particular, que el consumo de drogas y la

elevada prevalencia de enfermedades de transmisión sexual siguen constituyendo un grave problema (art. 12)<sup>367</sup>.

**ii) Suecia (PIDESC 2008).–**

Al Comité le preocupa, entre otras materias de salud, la propagación de enfermedades de transmisión sexual (art. 12). El Comité recomienda que el Estado parte intensifique sus esfuerzos para analizar y combatir la propagación de enfermedades de transmisión sexual, a fin de elaborar estrategias eficaces de concienciación y prevención<sup>368</sup>.

**iii) Letonia (PIDESC 2008).–**

El Comité insta al Estado Parte a adoptar las medidas necesarias para mejorar sus servicios de atención de la salud mediante, por ejemplo, el aumento de las asignaciones presupuestarias al sector de la salud y la ampliación de los servicios básicos de salud a las zonas rurales. El Comité invita al Estado Parte a incluir en su próximo informe periódico información y estadísticas comparativas sobre las enfermedades relacionadas con la pobreza, prestando especial atención a las zonas rurales<sup>369</sup>.

**iv) India (PIDESC 2008).–**

El Comité está preocupado porque, pese al crecimiento económico logrado por el Estado parte, los gastos en atención de la salud siguen siendo excepcionalmente bajos, en torno al 1% del PIB, y que una parte importante de la población siga teniendo un acceso limitado o nulo a los servicios básicos de salud, con las consiguientes tasas de mortalidad materno–infantil alarmantemente altas, y una alta incidencia de tuberculosis y de otras enfermedades transmisibles.

El Comité también está preocupado por el aumento de las infecciones por el VIH/SIDA y la ausencia de información fiable sobre las personas afectadas por enfermedades mentales. El Comité está preocupado por que el fenómeno difundido y prevaleciente de

---

<sup>367</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/AUS/CO/4 (2009), párrafos 28-29.

<sup>368</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/SWE/CO/5 (2008), párrafo 23.

<sup>369</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/LVA/CO/1 (2008), párrafo 51.

los matrimonios tempranos, la tasa elevada de mortalidad materna y la rápida propagación del VIH/SIDA y de otras enfermedades de transmisión sexual en el Estado parte puedan atribuirse en gran medida a la falta de educación sexual y reproductiva, que sigue considerándose tabú en el Estado parte. El Comité observa con preocupación que el plan universal de atención de la salud en el Estado parte no llega a tener alcance general, y excluye a una parte considerable de la población. El Comité también está preocupado porque la calidad y la disponibilidad de los servicios de salud que se ofrecen en virtud del plan se han visto perjudicados por la privatización a gran escala de la atención sanitaria en el Estado parte, lo que ha afectado en particular a los sectores más pobres de la población<sup>370</sup>.

El Comité recomienda que el Estado parte aumente de forma significativa sus gastos en atención de la salud, asignando la máxima prioridad a la reducción de las tasas de mortalidad maternoinfantil y a la prevención y el tratamiento de las enfermedades transmisibles, en particular el VIH/SIDA. El Comité recomienda además que el Estado parte adopte medidas eficaces para aplicar plenamente la Misión Nacional en pro de la Salud en las Zonas Rurales (2005–2012) y garantice la calidad, la asequibilidad y la accesibilidad de los servicios de salud sin costos ocultos, especialmente para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados. A ese respecto, el Comité señala a la atención del Estado parte su Observación general N°14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud y pide al Estado parte que, en su próximo informe periódico, proporcione información detallada, desglosada y comparada, sobre los progresos alcanzados en ese ámbito<sup>371</sup>.

#### **v) Nicaragua (PIDESC 2008).–**

El Comité observa con preocupación el alto grado de mortalidad materna e infantil y que los abortos clandestinos provocan un gran número de muerte de mujeres. (art.10, párr. 2 y art. 12, párr. 2, inc. a). El Comité alienta encarecidamente al Estado parte a continuar con sus esfuerzos para disminuir la mortalidad materna e infantil, y a tomar las medidas legislativas necesarias para solucionar el problema de la mortalidad de las

---

<sup>370</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/IND/CO/5 (2008), párrafos 33 y 37-38.

<sup>371</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/IND/CO/5 (2008), párrafo 73.

mujeres a causa de abortos clandestinos y le recomienda que en los programas escolares los temas de educación sexual y de métodos de planificación familiar sean abordados abiertamente, de tal manera que contribuyan a prevenir los embarazos precoces y la transmisión de enfermedades sexuales. Le recomienda también que adopte una ley sobre salud sexual y reproductiva compatible con las disposiciones del Pacto<sup>372</sup>.

**vi) Paraguay (PIDESC 2007).–**

El Comité alienta encarecidamente al Estado parte a que tome las medidas legislativas necesarias para solucionar el problema de la mortalidad de las mujeres a causa de abortos clandestinos y le recomienda que en los programas escolares los temas de educación sexual y de métodos de planificación familiar sean abordados abiertamente, de tal manera que contribuyan a prevenir los embarazos precoces y la transmisión de enfermedades sexuales. Le recomienda también que adopte una ley sobre salud sexual y reproductiva compatible con las disposiciones del Pacto. El Estado parte debe también continuar con sus esfuerzos para disminuir la mortalidad materna e infantil<sup>373</sup>.

**vii) China (PIDESC 2005).–**

El Comité toma nota con preocupación de que los fondos asignados a la salud pública han disminuido, no obstante el aumento global de los gastos en concepto de atención de salud durante el último decenio en el Estado Parte. Además, el Comité toma nota con preocupación de que el sistema de atención de salud, que en el pasado ofrecía atención sanitaria básica a la mayoría de los residentes de las zonas rurales, se ha reducido considerablemente. El Comité se siente preocupado por la insuficiencia de los programas de atención preventiva que ha redundado en la propagación de enfermedades infecciosas, en particular las de transmisión sexual y el VIH/SIDA. En consonancia con su Observación general N° 14 (2000) sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, el Comité insta al Estado Parte a que adopte medidas eficaces para mejorar la prestación de servicios sanitarios en las zonas rurales y en las regiones de minorías étnicas, por ejemplo asignando mayores y adecuados recursos. El Comité

---

<sup>372</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/NIC/CO/4 (2008), párrafo 27.

<sup>373</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/PRY/CO/3 (2007), párrafo 32.

alienta al Estado Parte a que adopte medidas urgentes para detener la propagación del VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual, en particular mediante la educación sexual en las escuelas y campañas de sensibilización para eliminar la discriminación contra las personas seropositivas<sup>374</sup>.

**viii) Kuwait (PIDESC 2004).–**

Preocupa al Comité la falta de estadísticas sobre la incidencia de las enfermedades de transmisión sexual, como el VIH/SIDA, en el Estado Parte. El Comité recomienda que en su próximo informe periódico el Estado Parte informe sobre la incidencia de las enfermedades de transmisión sexual<sup>375</sup>.

**ix) Yemen (PIDESC 2003).–**

Está preocupado por la persistente escasez de agua que constituye una emergencia ambiental alarmante en el Estado Parte e impide el abastecimiento de agua potable limpia, a precios módicos, en especial a los grupos necesitados y marginados, y a las zonas rurales. El Comité está preocupado por la mayor incidencia del VIH/SIDA y de otras enfermedades de transmisión sexual en el Estado Parte<sup>376</sup>.

**x) Moldavia (PIDESC 2003).–**

El Comité se muestra alarmado por la creciente incidencia de la tuberculosis en el Estado Parte y observa con especial preocupación la gravedad de este problema en las cárceles, donde las tasas de infección son superiores, más de 40 veces, a la media nacional, de acuerdo con el estudio de referencia de 2003 sobre la situación de los derechos humanos en la República de Moldavia. Preocupa al Comité el aumento de la incidencia del VIH/SIDA y de las enfermedades de transmisión sexual en el Estado Parte. A este respecto, también le preocupa el hecho de que las clases de educación sexual que se imparten en las zonas urbanas no existan prácticamente en las zonas

---

<sup>374</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/1/ADD.107 (2005), párrafos 32-33 y 60.

<sup>375</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/1/ADD.98 (2004), párrafos 24 y 44.

<sup>376</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/1/ADD.92 (2003), párrafos 19-20.



rurales. Asimismo, preocupan al Comité las continuas y altas tasas de mortalidad materno–infantil<sup>377</sup>.

Por su parte, el Comité recomienda al Estado Parte que intensifique sus esfuerzos en el marco del Programa nacional de profilaxis y control de la tuberculosis para combatir la propagación de la tuberculosis, en particular garantizando la disponibilidad de medicamentos y condiciones sanitarias adecuadas en las cárceles. Asimismo, recomienda al Estado Parte que intensifique sus esfuerzos para luchar contra la propagación del VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual, en particular mediante campañas de información pública y velando por que la educación sexual se imparta también en los centros escolares de las zonas rurales<sup>378</sup>.

**xi) Corea del Norte (PIDESC 2003).–**

El Comité expresa su honda preocupación por el elevado porcentaje de niños menores de 5 años (el 45% según las estadísticas oficiales) que sufren desnutrición crónica, así como la alta incidencia de enfermedades relacionadas con la pobreza. El Comité está preocupado por el alarmante aumento de la tasa de mortalidad materna<sup>379</sup>.

**xii) Federación de Rusia (PIDESC 2003).–**

El Comité recomienda al Estado Parte que redoble sus esfuerzos para combatir la tuberculosis al amparo del programa federal especial de medidas urgentes para luchar contra esa enfermedad en Rusia en el período 1998–2004, entre otras cosas velando por la disponibilidad de medicamentos y de condiciones sanitarias adecuadas en las prisiones y adoptando medidas especiales para luchar contra la epidemia en las regiones más afectadas.

El Comité, en consonancia con su Observación general N° 14 (2000), relativa al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud, exhorta al Estado Parte a que tome medidas urgentes para poner freno a la propagación del VIH/SIDA. El Estado Parte

---

<sup>377</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/1/ADD.91 (2003), párrafos 25-27.

<sup>378</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/1/ADD.91 (2003), párrafos 47-48.

<sup>379</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/1/ADD.95 (2003), párrafos 22-23.

debería velar por que todas las personas tengan conocimiento de la enfermedad y de los modos de protegerse de ella, entre otras cosas mediante la educación sexual en las escuelas, y por que se disponga de métodos de protección a precios asequibles. Además, las campañas de sensibilización deberían estar encaminadas a evitar la discriminación de las personas seropositivas. El Comité insta al Estado Parte a que redoble sus esfuerzos para reducir la mortalidad infantil y materna<sup>380</sup>.

**xiii) Georgia (PIDESC 2002).–**

El Comité alienta al Estado Parte a adoptar medidas preventivas contra el VIH/SIDA, en particular que organice campañas de sensibilización para prevenir la propagación de la enfermedad en el país<sup>381</sup>.

**xiv) Islas Salomón (PIDESC 2002).–**

El Comité insta al Estado Parte a que haga frente al problema de la malnutrición, entre otras cosas, solicitando la asistencia de organizaciones e instituciones internacionales. El Comité insta al Estado Parte a que recabe la cooperación y la asistencia internacionales con miras a garantizar el abastecimiento de agua potable e instalaciones de saneamiento adecuadas para todas las comunidades rurales y urbanas. El Comité insta también al Estado Parte a que intensifique su programa de lucha contra el paludismo y a que haga frente al problema de las infecciones respiratorias graves y de las enfermedades de transmisión sexual, entre otras cosas, mediante una educación y una formación adecuadas del personal encargado de cuidar a los enfermos a todos los niveles. El Comité anima al Estado Parte a que mantenga su estrecha colaboración con la Organización Mundial de la Salud y otras organizaciones de cuidados de salud a este respecto<sup>382</sup>.

**xv) Colombia (PIDESC 2001).–**

---

<sup>380</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/1/ADD.94 (2003), párrafos 61-63.

<sup>381</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/1/ADD.83 (2002), párrafo 44.

<sup>382</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/1/ADD.84 (2002), párrafos 25-27.

Preocupa al Comité el hecho de que se hayan reducido en el país los programas de vacunación, con el efecto consiguiente de una mayor exposición de los habitantes, en especial los niños, a diversas enfermedades infecciosas. Preocupa al Comité el hecho de que se hayan reducido los subsidios estatales para cuidados médicos, lo que hace todavía más difícil el acceso a los servicios de sanidad, sobre todo en las zonas rurales en las que la cobertura médica es ya mucho más limitada que la de las zonas urbanas. El Comité observa también que la reducción de los subsidios tiene consecuencias perjudiciales para las mujeres y las comunidades indígenas. El Comité exhorta al Estado Parte a intensificar sus esfuerzos relacionados con los programas de vacunación contra las enfermedades y las infecciones, en especial las de los niños<sup>383</sup>.

**xvi) Senegal (PIDESC 2001).—**

El Comité insta al Estado Parte a que procure que toda la población tenga acceso al agua potable y a que luche contra el problema de la malnutrición, especialmente de los niños, y de las enfermedades relacionadas con la falta de higiene y con el agua. El Comité recomienda al Estado Parte que se ocupe del problema de la escasez de hospitales y centros de salud y de la distribución desigual de los servicios de salud del país. A ese respecto, el Comité insta al Estado Parte a que ofrezca servicios de salud en las distintas regiones del país, de manera que haya incentivos para que los médicos y el personal de enfermería no sólo ejerzan en Dakar y Thiès<sup>384</sup>.

**xvii) Togo (PIDESC 2001).—**

El Comité insta al Estado Parte a que adopte medidas para mejorar la situación del país en materia de salud, que aún no permite atender las necesidades básicas de la población en esa esfera, como el mejoramiento de los servicios básicos de salud o la adopción de las medidas preventivas y curativas necesarias para combatir la pandemia de VIH/SIDA y demás enfermedades transmisibles. El Comité también recomienda que el Estado Parte tenga en cuenta la Observación general N° 14 del Comité, sobre el derecho a un nivel de salud adecuado. El Comité invita al Estado Parte a participar en un diálogo que

---

<sup>383</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/1/ADD.74 (2001), párrafos 25-26 y 46.

<sup>384</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/1/ADD.62 (2001), párrafos 55-56.

se celebrará en un futuro período de sesiones del Comité, junto con representantes de los organismos especializados competentes, como el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, la FAO, la OMS, la OIT, el PNUD, el UNICEF y la UNESCO, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 2 y el artículo 23 del Pacto. El Comité está convencido de que sólo mediante un diálogo constructivo entre el Estado Parte, las instituciones mencionadas y el Comité se podrá realizar una estimación adecuada y realista de las estrategias viables de desarrollo y derechos humanos en beneficio de todos los habitantes del Togo<sup>385</sup>.

**xviii) Ucrania (PIDESC 2001).–**

Preocupa al Comité el empeoramiento de la salud de los grupos más vulnerables, especialmente las mujeres y los niños, y de la calidad de los servicios de salud. El Comité observa con preocupación la mayor incidencia de las enfermedades de transmisión sexual (ETS) y la difusión del VIH/SIDA. El Comité recomienda al Estado Parte que vele por atender el compromiso que ha asumido en materia de atención primaria de salud mediante la asignación de recursos suficientes y por que todas las personas, especialmente las pertenecientes a los grupos más vulnerables, tengan acceso a la atención sanitaria. El Comité sugiere que el Estado Parte establezca amplios programas de salud reproductiva y adopte medidas para que no se considere el aborto como un método anticonceptivo. Recomendamos además que los adolescentes tengan acceso a la educación de salud reproductiva y a los programas de prevención de las ETS y del VIH/SIDA, y que se les preste esos servicios<sup>386</sup>.

**xix) Jamaica (PIDESC 2001).–**

El Comité expresa su inquietud por el hecho de que el VIH/SIDA sea la principal causa de muerte entre los hombres y mujeres de 15 a 44 años, según la información recibida de organizaciones de las Naciones Unidas. El Comité expresa especial preocupación por el hecho de que la tasa global de mortalidad de las personas infectadas por el VIH/SIDA sea del 60%, en gran parte porque no tienen acceso a unos medicamentos, un

---

<sup>385</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/1/ADD.61 (2001), párrafos 21-22.

<sup>386</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/1/ADD.65 (2001), párrafos 18 y 31.

tratamiento y una atención asequibles. El Comité expresa también su inquietud por el hecho de que la tasa de prevalencia del VIH entre las adolescentes casi duplique la de las mujeres de más edad, según ONUSIDA, que atribuye el fenómeno a la participación de las jóvenes en el turismo sexual. El Comité expresa su preocupación por la salud de los adolescentes del Estado Parte, en alto riesgo de contraer muchas enfermedades, en particular las relacionadas con la salud sexual y reproductiva. El Comité insta encarecidamente al Estado Parte a que en su tercer informe periódico facilite información sobre la incidencia del VIH/SIDA en Jamaica, las medidas legislativas y administrativas adoptadas por el Estado Parte para hacer frente a las múltiples dimensiones de la epidemia –programas de prevención, acceso a los medicamentos, tratamiento y atención– así como las medidas adoptadas para proteger a la población de la enfermedad y los resultados de las mismas<sup>387</sup>.

**xx) Kirguistán (PIDESC 2000).–**

El Comité está preocupado por los obstáculos con que tropieza el ejercicio del derecho a la vivienda en Kirguistán, debido a la disminución de la construcción de nuevas viviendas, la falta de espacio vital para los inmigrantes rurales que llegan a las ciudades, y las deficiencias en el saneamiento y en el abastecimiento de agua potable. El Comité toma nota con preocupación de que, aunque la situación general de la salud de la población es satisfactoria, se presentan nuevas amenazas para la salud, como el aumento del alcoholismo y del uso indebido de estupefacientes, la incidencia cada vez mayor de enfermedades de transmisión sexual y la reaparición de enfermedades contagiosas prevenibles mediante vacunación, como la tuberculosis, y, sobre todo, la disminución de los recursos asignados al sector de la salud, que exigen una intervención urgente del Gobierno<sup>388</sup>.

**xxi) República del Congo (PIDESC 2000).–**

Al Comité le preocupan los efectos negativos para el abastecimiento de alimentos de la violencia, el desplazamiento de la población y la desorganización de las actividades de

---

<sup>387</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/1/ADD.75 (2001), párrafos 16-17 y 29.

<sup>388</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/1/ADD.49 (2000), párrafos 21-22.

producción y comercialización, que ha señalado la FAO. Cabe esperar que se exija la importación en el año 2000 de aproximadamente 140.000 toneladas de trigo, arroz y cereales menores, lo que equivale al 97% del consumo total. El Informe sobre desarrollo humano, 1999, del PNUD indica que la ingesta diaria per cápita de alimentos en el Congo es de 2.107 calorías, lo que es ligeramente inferior a los países catalogados de un escaso desarrollo humano (2.145 calorías). La proporción de habitantes desnutridos ha aumentado del 29% en el período comprendido entre 1979 y 1981 al 34% desde 1995 hasta 1997. Asimismo, manifiesta su grave preocupación por el empeoramiento de la situación sanitaria en el Congo. La epidemia del SIDA está infligiendo muchas pérdidas mientras que la crisis financiera ha dado lugar a una profunda escasez de fondos para servicios de sanidad o para mejorar la infraestructura para el abastecimiento de agua y el saneamiento en las zonas urbanas. La guerra ha causado graves daños a las instalaciones de salud en Brazzaville. Según un estudio conjunto de la OMS y el Programa conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), algo como 100.000 congoleños, entre ellos sobre 5.000 niños, contrajeron el VIH a principios de 1997. Se estima que más de 80.000 personas han muerto de SIDA, 11.000 únicamente en 1997. Se afirma que algo como 45.000 niños han perdido o a su madre o a ambos padres como consecuencia de la epidemia. Además, al Comité le inquieta que, a causa de la violencia y de los desplazamientos en gran escala subsiguientes, hayan ocurrido enfermedades epidémicas como el cólera o enfermedades diarreicas. Por otro lado, a causa de los trastornos en la infraestructura nacional, el transporte y las comunicaciones inclusive, las organizaciones de ayuda humanitaria tienen pocas posibilidades de llegar hasta los grupos de desplazados fuera de Brazzaville<sup>389</sup>.

El Comité exhorta firmemente al Estado Parte a prestar atención inmediata y tomar medidas con respecto a la grave situación sanitaria en su territorio con vistas a restablecer servicios básicos en zonas tanto urbanas como rurales y prevenir y luchar contra el VIH/SIDA u otras enfermedades transmisibles como el cólera y las enfermedades diarreicas. El Comité también anima al Gobierno a trabajar estrechamente con la OMS y el ONUSIDA en la solución de estos problemas<sup>390</sup>.

---

<sup>389</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/1/ADD.45 (2000), párrafos 20-22.

<sup>390</sup> Documento de las Naciones Unidas E/C.12/1/ADD.45 (2000), párrafo 28.

**4.1.3.3.2. Denuncia de particulares**<sup>391</sup>. Se refiere a los procedimientos de queja de particulares que permiten ir creando jurisprudencia respecto de violaciones por los Estados Partes de alguno de los derechos consagrados en determinados tratados internacionales y que fuera previsto recientemente para el PIDESC con la dictación del Protocolo Facultativo.

De acuerdo con Villán Durán “bajo este procedimiento, único en el DI general, un individuo o grupo de individuos están habilitados para presentar ante ciertos Comités, y con determinadas condiciones, quejas contra el Estado bajo cuya jurisdicción se encontraban en el momento de producirse los hechos, por presunta violación de alguno de los derechos consagrados en determinados tratados internacionales”, y que “el objeto de la queja es obtener un dictamen u opinión de la instancia internacional, en la que ésta se pronuncie sobre si ha habido o no violación de alguno de los derechos consagrados en el tratado cuya aplicación supervisa, con el fin de obtener una reparación del Estado infractor acorde con la gravedad de la violación infringida”<sup>392</sup>.

**4.1.3.3.2.1. Protocolo Facultativo del PIDESC.**— Después de mucho tiempo de incertidumbre, finalmente se dictó este nuevo instrumento internacional. La Asamblea General de las Naciones Unidas, tomando nota de la aprobación por el Consejo de Derechos Humanos, en virtud de su resolución 8/2, de 18 de junio de 2008, del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobó<sup>393</sup> el texto del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

De acuerdo al texto contenido en el Preámbulo, se considera que para asegurar mejor el logro de los propósitos del Pacto y la aplicación de sus disposiciones, sería conveniente facultar al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales para desempeñar las funciones previstas en el Protocolo.

---

<sup>391</sup> Véase VILLAN DURAN, Carlos, *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Madrid, Editorial Trotta, 2002, pp. 453-489 (Lección 9 “Mecanismos Cuasicontenciosos”, y específicamente “Las Quejas de Particulares contra Estados”).

<sup>392</sup> VILLAN DURAN, Carlos, Op. Cit., p. 453.

<sup>393</sup> Resolución adoptada el 10 de diciembre de 2008 y contenida en documento de las Naciones Unidas A/RES/63/117.

En conformidad con el artículo 17 del Protocolo Facultativo, éste estará abierto para la firma de cualquier Estado que haya firmado, ratificado o adherido al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De acuerdo con el artículo 18 “Entrada en vigor” del Protocolo, éste entrará en vigor tres meses después de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión.

Con la entrada en vigor de este Protocolo Facultativo, se posibilitará la presentación de comunicaciones por parte de personas o grupo de personas<sup>394</sup> que se hallen bajo la jurisdicción de un Estado Parte y que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de los derechos económicos, sociales y culturales enunciados en el Pacto. Para presentar una comunicación en nombre de personas o grupos de personas se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar que actúa en su nombre sin tal consentimiento. La carencia de este procedimiento ha reducido considerablemente la capacidad del Comité del PIDESC de elaborar jurisprudencia y, desde luego, ha limitado las posibilidades de que las víctimas de infracciones del Pacto obtengan reparación internacional.

En el caso de los derechos civiles y políticos, esta instancia existe hace mucho tiempo<sup>395</sup>, por cuanto el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos sí faculta al Comité de Derechos Humanos para recibir y considerar comunicaciones de individuos que aleguen ser víctimas de violaciones de cualquiera de los derechos enunciados en aquel Pacto.

**4.1.3.3.2.2. Larga espera para adopción de procedimiento de denuncia.**— El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales viene intentando instaurar un protocolo facultativo ya desde 1990<sup>396</sup>. En su sexto período de sesiones, celebrado en 1991, el Comité se declaró favorable a la redacción de un protocolo facultativo para efectos de

---

<sup>394</sup> Facultad prevista en el artículo 2 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>395</sup> En aplicación de lo preceptuado en el artículo 9 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entró en vigencia el 23 de marzo de 1976.

<sup>396</sup> ALSTON, P., “Establishing a right to petition under the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”. En: ACADEMY OF EUROPEAN LAW, *Collected Courses of the Academy of European Law: The Protection of Human Rights in Europe*, Florencia, Instituto Universitario Europeo, 1993, vol. IV, tomo 2, pp. 107-152, p. 115.



reforzar la aplicación práctica del Pacto y el diálogo con los Estados Partes de manera de lograr mayor atención de la opinión pública en los derechos económicos, sociales y culturales. Luego, la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, celebrada en Viena en junio de 1993, logró impulsar nuevamente esta iniciativa al afirmar en su Declaración y Programa de Acción que el Comité debía proseguir sus esfuerzos encaminados a ese fin. De tal manera, el Comité tras un largo período de deliberación, adoptó un proyecto en su décimoquinta sesión en 1996<sup>397</sup>, el cual estuvo en consideración con futuro incierto por un prolongado tiempo<sup>398</sup>.

En el año 2001 fue designado un Experto Independiente sobre el Protocolo Facultativo del PIDESC, nombrado por el Presidente de la Comisión de Derechos Humanos, órgano subsidiario del Consejo Económico y Social (ECOSOC) de las Naciones Unidas, que tuvo por competencias estudiar aquel proyecto del Comité de 1996, recibir observaciones de los gobiernos, organismos internacionales y ONG's, y encausar la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, teniendo por objetivo que la Comisión de Derechos Humanos estableciera un Grupo de Trabajo para codificar el Protocolo Facultativo que permitiera al Comité recibir quejas individuales y de organizaciones<sup>399</sup>.

Ahora, una vez que diez (10) países depositen en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el respectivo instrumento de ratificación o de adhesión, el Protocolo Facultativo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que haya sido depositado el décimo.

**4.1.3.3.2.3. Relevancia de Protocolo Facultativo en ámbito de salud.**— Ya en el año 2003, con ocasión de la Conferencia Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales celebrada en Cavtat, Croacia, el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y material, Paul Hunt, sostenía que el Protocolo Facultativo del Pacto podría ayudar a que reciban la atención debida todas aquellas personas que viven en la pobreza, a cuyo respecto las

---

<sup>397</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/1997/105.

<sup>398</sup> GARCIA, Aniza, *La Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC)*, Madrid, Universidad Complutense-Facultad de Derecho, 2003, p. 81.

<sup>399</sup> VILLAN DURAN, Carlos, Op. Cit., p. 286.

leyes y las políticas nacionales no tienen en cuenta. En su concepto, un componente legislativo fundamental de toda estrategia multidimensional relativa a los derechos económicos, sociales y culturales debería ser un protocolo facultativo. En el ámbito de la salud, consideraba que tanto las leyes como algunos casos nacionales y regionales dictados en la materia, confirmaban la posibilidad de hacer valer ante la justicia el derecho a la salud y elementos de ese derecho, y que ello no constituye un obstáculo para la aprobación de un protocolo facultativo como mecanismo relevante para promover y proteger mejor el derecho a la salud<sup>400</sup>.

**4.1.3.3.2.4. Procedimientos similares en otros Pactos o Convenciones.**— Se contemplan procedimientos similares en cinco (5) otros instrumentos internacionales:

- i) Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos;
- ii) Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer;
- iii) Artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes;
- iv) Artículo 14 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;
- v) Protocolo Facultativo de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidades.

¿Quiénes pueden presentar denuncias? Cualquier individuo que reclame que sus derechos consagrados en el Pacto o Convención han sido violados por un Estado Parte del Tratado respectivo pueden presentar una comunicación ante el Comité correspondiente, siempre que el Estado haya reconocido la competencia del Comité para recibir tales reclamaciones. Reclamaciones también pueden ser presentadas por terceras personas en nombre de otros individuos siempre que hayan otorgado su consentimiento escrito o que fueran incapaces de otorgar aquel consentimiento.

---

<sup>400</sup> Informe del Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental contenido en documento de las Naciones Unidas A/58/427, de 2003, párrafo 83.

**Creación de Jurisprudencia.**— Estos procedimientos de denuncia de particulares permiten ir creando jurisprudencia respecto de las obligaciones que le asisten a los Estados Partes del Pacto o Convención y que emanan de los instrumentos internacionales de derechos humanos. En este capítulo cuarto, al dar repaso a las respectivas Convenciones, se revisarán aquellos casos de infracciones al derecho a la salud —y concretamente relativos a la prevención y tratamiento de enfermedades infecciosas y de servicios sociales básicos— denunciados a través de los Pactos o Convenciones precedentemente individualizados, de utilidad para ir delimitando las obligaciones que le asisten a los Estados en éste ámbito.

Por otra parte, cuando entre en vigencia el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, será factible tener jurisprudencia respecto de presuntas vulneraciones de su artículo 12 relativo al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental.

**Comunicaciones entre Estados.**— El Protocolo Facultativo del Pacto de de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también contempla la posibilidad de que todo Estado Parte del Protocolo pueda declarar en cualquier momento, que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar comunicaciones en las que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple sus obligaciones dimanantes del Pacto<sup>401</sup>, conforme al procedimiento establecido para el efecto. Las comunicaciones presentadas conforme a este artículo sólo se recibirán y examinarán si las presenta un Estado Parte que haya reconocido con respecto a sí mismo la competencia del Comité en una declaración al efecto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que se refiera a un Estado Parte que no haya hecho tal declaración.

Otras Convenciones o Pactos actualmente vigentes que contemplan procedimientos en materia de comunicaciones en las que un Estado Parte puede alegar que otro Estado Parte no cumple sus obligaciones son<sup>402</sup>:

---

<sup>401</sup> Artículo 10 del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>402</sup> Cabe observar que este procedimiento de comunicaciones entre Estados no ha sido utilizado hasta la fecha.

- i) La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos y Degradantes<sup>403</sup>;
- ii) La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares<sup>404</sup>;
- iii) La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial<sup>405</sup>;
- iv) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>406</sup>;
- v) La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer<sup>407</sup>.

#### **4.2. Instrumentos internacionales relativos a contextos específicos.**

En esta parte de la tesis, habiendo revisado previamente en el párrafo 4.1 los instrumentos internacionales de carácter general que contemplan el derecho a la salud, ahora revisaremos instrumentos internacionales referidos a contextos específicos que contemplan disposiciones en materia de salud que se vinculan con el derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas, y que son de extraordinaria importancia para nuestra tesis.

Por su relevancia para nuestra tesis, nos enfocaremos en tres contextos específicos con especial impacto en la lucha contra las enfermedades infecciosas: el de los “mercados globalizados” (4.2.1) relativo a los acuerdos internacionales adoptados en el área de los derechos de propiedad intelectual por parte de la Organización Mundial del Comercio (OMC), atendida su vinculación con las patentes de los productos farmacéuticos, el acceso a los medicamentos esenciales y la investigación y desarrollo de nuevos

---

<sup>403</sup> Véase los artículos 21 y 30 de la Convención que regulan el procedimiento, su aplicación e interpretación.

<sup>404</sup> Véase los artículos 74 y 92 de la Convención que regulan el procedimiento, su aplicación e interpretación.

<sup>405</sup> Véase los artículos 11-13 de la Convención, que establecen un procedimiento de mayor elaboración de resolución de disputas entre Estados.

<sup>406</sup> Véase los artículos 41-43 del Pacto, que establecen un procedimiento de mayor elaboración de resolución de disputas entre Estados.

<sup>407</sup> Véase el artículo 29 de la Convención relativo a disputas entre Estados Partes en lo concerniente a su aplicación e interpretación.

productos; el de la “administración de justicia” (4.2.2); y por último el relativo al “conflicto armado” (4.2.3).

#### **4.2.1. Mercados globalizados.–**

Un contexto específico de la mayor relevancia para nuestra tesis es el de los mercados globalizados, teniendo en cuenta la estrecha relación que se da entre el comercio y la salud, siendo imperativo una adecuada complementación entre ambos sin que el derecho a la salud –especialmente de las poblaciones más vulnerables– se vea impactado negativamente por acuerdos internacionales de carácter comercial.

Hoy más que nunca cabe poner mucha atención a aquellas reglas y acuerdos comerciales de carácter internacional –fundamental en este ámbito la normativa internacional en materia de propiedad intelectual–, que inciden directa o indirectamente en dos temas fundamentales de nuestro trabajo: el referido al acceso a los medicamentos esenciales y el de la investigación y desarrollo de nuevos medicamentos y vacunas, cruciales en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

De tal manera, luego de detallar algunos aspectos de relevancia en la relación entre salud y comercio (párrafos 4.2.1.1 y 4.2.1.2), se dará repaso a la normativa internacional de la Organización Mundial del Comercio referida a la propiedad intelectual, de gran interés para el ámbito farmacéutico y sanitario, atendida la trascendencia que para nuestra tesis guarda la regulación internacional de las patentes de los productos farmacéuticos (4.2.1.3). Y por último, se abordará la jurisprudencia emanada de aquél organismo internacional a través del procedimiento para la solución de las diferencias comerciales, que graficarán de muy buena manera las actuales discusiones y definiciones en la materia, relevantes para nuestra tesis (4.2.1.4).

##### **4.2.1.1. Relación entre la salud y el comercio.**

“En un mundo cada vez más integrado resulta cada vez menos posible llevar las distintas esferas de política aisladas unas de otras. El vínculo entre el comercio y la salud se ha situado en el centro de un amplio debate: se deben abordar las

preocupaciones reales y se ha de aclarar todo posible malentendido a partir de pruebas sólidas y de un análisis riguroso.

Las cuestiones del comercio y la salud pública ocupan un lugar prominente del temario, tanto en la OMS como en la OMC, y en el pasado reciente se han logrado avances significativos en la materia. El respaldo de la comunidad internacional a la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública es una expresión muy visible del compromiso de los gobiernos de velar por que el sistema de comercio basado en normas sea compatible con los intereses de la salud pública”<sup>408</sup>. Resultando fundamental en este ámbito compatibilizar los intereses de los países y las poblaciones tanto de países desarrollados como de los países en desarrollo y menos adelantados.

Un buen ejemplo del cruce de intereses se grafica en la batalla contra el VIH/SIDA que deben enfrentar muchos países cuyas poblaciones se han visto enfrentadas a esta epidemia. Brasil, aplicando flexibilidades que contempla el Acuerdo sobre los ADPIC y que fueron profundizadas en la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública, dispuso el otorgamiento de una licencia obligatoria<sup>409</sup> para antiretrovirales, para proteger la salud pública de su población, ya que presentaba la urgencia de proveer medicamentos frente a una crisis sanitaria, prevaleciendo en definitiva el respeto al derecho a la salud.

La interrelación crucial entre el ámbito sanitario y comercial la grafica de muy buen manera en este caso brasileño doña Agueda Muñoz Del Carpio Toi, al concluir que “la decisión brasileña encontró justificación al plantear la primacía de los derechos a la salud pública sobre los derechos de propiedad intelectual”, para luego afirmar que “las agendas políticas deben tomar en cuenta el equilibrio que debe existir entre los derechos de propiedad intelectual, entre los intereses de la industria y la protección de la salud pública”<sup>410</sup>.

---

<sup>408</sup> OMC/OMS, *Los Acuerdos de la OMC y la Salud Pública. Un estudio conjunto de la OMS y la Secretaría de la OMC*, Ginebra, OMC/OMS, 2002, p. 1, prefacio de Gro Harlem Brundtland y Mike Moore.

<sup>409</sup> Por licencias obligatorias se entiende el permiso que da un gobierno para producir un producto patentado o utilizar un procedimiento patentado sin el consentimiento del titular de la patente.

<sup>410</sup> MUÑOZ DEL CARPIO T., Agueda, “El abuso de los derechos de patentes: La reacción Brasileña” [documento pdf], *Biophronesis Revista de Ética y Socioantropología en Medicina*, Universidad de

#### 4.2.1.2. Relación entre la liberalización del comercio y el derecho a la salud.

La interconexión entre la salud y el comercio es tan relevante, que ha merecido la atención del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, expuesta en diversos informes, e incluso dio lugar a que desarrollara una misión en la propia Organización Mundial del Comercio, que dio lugar a un informe<sup>411</sup> que analiza en concreto esta decisiva vinculación, que a continuación indicaremos sus principales determinaciones.

El Relator Especial indicó que la realización progresiva del derecho a la salud, así como las reglas y políticas de comercio, se relacionan una con la otra de varias maneras<sup>412</sup>:

- primero, el comercio tiene el potencial de incrementar los recursos y así contribuir a la realización progresiva del derecho a la salud;
- segundo, si el comercio genera más recursos, estos deben ser asignados de una manera que, en la práctica, contribuyan a la realización progresiva del derecho a la salud para todos; una estrategia y plan de acción nacionales en salud pueden contribuir a asegurar que aquellas asignaciones necesarias ocurran;
- tercero, el efecto del comercio en la realización progresiva del derecho a la salud depende según la regla de comercio seleccionada: diferentes formas, ritmo y secuencia en la liberalización del comercio provocan diferentes efectos en la realización progresiva. *El derecho a la salud requiere que la forma, ritmo y secuencia de la liberalización del comercio conduzca a la realización progresiva del derecho a la salud*;
- cuarto, es axiomático que el Estado establezca mecanismos efectivos y transparentes para monitorear si una determinada política de comercio (y otras políticas) se encuentra o no realizando progresivamente el derecho a la salud.

De tal manera, la realización progresiva del derecho a la salud, así como las obligaciones inmediatas que genera, imponen condiciones razonables a las políticas y

---

Buenos Aires, volumen II, n.º 2, 2007, p.6 <[www.fmv-uba.org.ar/antropologia/index1024x768.htm](http://www.fmv-uba.org.ar/antropologia/index1024x768.htm)> (visitado el 29 de agosto de 2011).

<sup>411</sup> Véase el documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2004/49/Add.1, de 1 de marzo de 2004.

<sup>412</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2004/49/Add.1, párrafo 23.

reglas de comercio que sean seleccionadas, siendo precisamente diseñadas estas condiciones para asegurar que las políticas y reglas de comercio seleccionadas efectivamente generen resultados positivos en el derecho a la salud para todos<sup>413</sup>.

Algunos pasos en esa dirección en materia de derechos de propiedad intelectual y sus efectos en la salud pública y en el acceso a los medicamentos esenciales, lo empiezan a constituir la Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública y la Decisión del Consejo General de la OMC de 2003 y 2005, que se revisarán con mayor detención en el párrafo 4.2.1.3.2.

En definitiva, de acuerdo con el ex Relator Especial Paul Hunt, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) no toma una posición a favor o en contra de una particular regla o política comercial, pero la sujeta a dos condiciones:<sup>414</sup> primero, la regla o política en cuestión debe, en la práctica, mejorar el disfrute de los derechos humanos, *incluyendo por cierto a los desaventajados y marginales*; y segundo, el proceso por el cual la regla o política se formula, implementa y monitorea debe ser consistente con todos los principios democráticos y de derechos humanos<sup>415</sup>.

Como corolario, esta posición genera importantes implicancias. Entre las más importantes está que el DIDH requiere de evidencia confiable acerca de que una política o regla seleccionada se encuentre entregando resultados positivos para el derecho a la salud, incluyendo a los desaventajados. Asimismo, si una política se encuentra en fase de planificación, el derecho humano internacional exige la realización de evaluaciones confiables que anticipen el probable impacto de aquella política en el disfrute del derecho a la salud de aquellos viviendo en la pobreza y otros grupos desaventajados. De tal manera, el DIDH promueve la confección de políticas públicas nacionales e internacionales, rigurosas y racionales, basadas en información y data confiable<sup>416</sup>.

---

<sup>413</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2004/49/Add.1, párrafo 24.

<sup>414</sup> Esta posición también ha sido adoptada por el Comité PIDESC en su O.G. N°3, párrafo 8, y en los Principios de Limburgo sobre la implementación del PIDESC, párrafo 6.

<sup>415</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2004/49/Add.1, párrafo 11.

<sup>416</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2004/49/Add.1, párrafo 12.



Así, si información confiable confirma que una política comercial determinada mejora el disfrute del derecho a la salud, incluyendo a aquellos viviendo en la pobreza y de otros grupos desaventajados, y aquella política se provee en una forma que es consistente con los demás derechos humanos y principios democráticos, entonces se encuentra en conformidad con el DIDH. *Sin embargo, si información confiable confirma que una política comercial determinada tiene un impacto negativo para el disfrute del derecho a la salud de aquellos viviendo en la pobreza o en otros grupos desaventajados, entonces el Estado tiene la obligación de acuerdo al DIDH de revisar aquella política relevante.* Esto no implica necesariamente que una política determinada tiene que ser completamente abandonada, sino que puede significar la necesidad de ser revisada en una manera que comience a tener un impacto positivo en el disfrute del derecho a la salud de aquellos viviendo en la pobreza y de otros grupos desaventajados.

#### **4.2.1.3. La Organización Mundial del Comercio (OMC)<sup>417</sup>.**

Con fecha 15 de abril de 1994 se adoptaron en Marrakech, Marruecos, al término de la Octava Ronda de Negociaciones Multilaterales del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), el “Acuerdo de Marrakech”, por el que se establece la OMC, más una serie de acuerdos anexos. Entre ellos se encuentra el Anexo 1C, correspondiente al Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), también conocida por su sigla en inglés TRIPS.

El órgano decisorio supremo de la OMC es la Conferencia Ministerial, que se reúne por lo menos una vez cada dos años. El Consejo General, al que asisten normalmente embajadores y otros delegados destinados en Ginebra, o funcionarios procedentes de las capitales (entre los que puede haber expertos), se reúne varias veces al año en la sede de Ginebra. El Consejo General se reúne también como Órgano de Examen de las Políticas Comerciales y como Órgano de Solución de Diferencias (OSD). Los delegados

---

<sup>417</sup> La Organización Mundial del Comercio (OMC) es una organización internacional relativamente nueva. Sin embargo, está a cargo de un sistema con más de 50 años de antigüedad. La OMC, establecida el 1º de enero de 1995, sustituyó al Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), que databa de 1948. Ese relevo fue consecuencia de una decisión adoptada por los gobiernos tras siete años y medio de negociaciones (la "Ronda Uruguay"), que concluyeron en 1994. La creación de la OMC supuso la extensión de las normas a nuevas esferas. Mientras que el GATT trataba sólo del comercio de mercancías, la OMC abarca también el comercio de servicios y la *propiedad intelectual*. Además, hay esferas, como las de los textiles, la agricultura y las medidas sanitarias y fitosanitarias, en las que la OMC ha profundizado la labor del GATT al establecer normas comerciales específicas.

presentes en las reuniones que configuran las actividades ordinarias de la OMC son representantes de los gobiernos de todos los Miembros de la OMC y representantes de las organizaciones reconocidas como observadoras. Tanto en las negociaciones como en la labor de los comités de la OMC, las decisiones se adoptan por consenso. Aunque es posible celebrar votaciones, nunca se ha recurrido a ellas en la OMC.

**4.2.1.3.1. Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)**<sup>418</sup>.– El Acuerdo sobre los ADPIC entró en vigor con el establecimiento de la OMC en 1995, siendo uno de los acuerdos más controvertidos, puesto que los países desarrollados presionaron a favor de una amplia protección de la propiedad intelectual y la armonización de las normas al respecto<sup>419</sup>. Establece normas mundiales mínimas sobre los principales derechos de propiedad intelectual y normas para su aplicación.

Hasta la fecha se considera el acuerdo multilateral más completo sobre propiedad, contiene aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con derechos de autor, marcas, dibujos y modelos industriales, patentes, esquemas de trazado e información no divulgada, incluye secretos comerciales y datos de prueba. Establece la protección mediante patente por un período mínimo de 20 años.

El Acuerdo sobre los ADPIC es vinculante para todos los Estados miembros de la OMC y se puede exigir su cumplimiento ante el Órgano de Solución de Diferencias, so pena de sanciones. En el caso de la mayoría de los países en desarrollo y los países menos adelantados, la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC requiere la actualización de sus

---

<sup>418</sup> Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio, de la Organización Mundial del Comercio.

<sup>419</sup> El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover indica que: “Los países en desarrollo sostuvieron que una ampliación de las normas sobre la propiedad intelectual redundaría en perjuicio de sus perspectivas de desarrollo, puesto que no estaban preparados para aprovechar las ventajas de esas normas. Los países en desarrollo acabaron cediendo, bajo la presión de los países desarrollados, puesto que dependían de ellos para el comercio. No obstante, cabe señalar que el Acuerdo sobre los ADPIC fue una solución de transacción. El objetivo último de los países desarrollados era y es la armonización universal de las leyes de la propiedad intelectual de conformidad con sus normas. Por lo tanto, después de que se concluyera el Acuerdo sobre los ADPIC, han seguido presionando a favor de normas de protección de la propiedad intelectual que se ajusten a las normas de sus países en el marco de diversos acuerdos de libre comercio y acuerdos comerciales multilaterales” (documento de las Naciones Unidas A/HRC/11/12, de 31 de marzo de 2009, párrafo 23).

normas de propiedad intelectual, lo cual, a su vez, implica un conjunto complejo de reformas para volver a redactar y actualizar la legislación vigente<sup>420</sup>.

De tal manera, una adecuada interpretación y aplicación de este Acuerdo por la propia OMC –a través del Órgano de Solución de Diferencias (OSD)– y de los países Miembros es fundamental en la lucha contra las enfermedades infecciosas, por abarcar su normativa a las patentes de los productos farmacéuticos. A continuación citaremos algunos artículos de gran incidencia en el tema de nuestra tesis y cuando se estime pertinente se le agregará aquellos alcances, comentarios y/o observaciones, que ilustre la vinculación entre el sistema de regulación internacional que se aplica a las patentes farmacéuticas y la imperiosa necesidad de ejecutar aquella normativa resguardando el derecho a la salud y la protección de la salud pública:

#### **“Artículo 6 Agotamiento de los derechos**

Para los efectos de la solución de diferencias en el marco del presente Acuerdo, a reserva de lo dispuesto en los artículos 3 y 4 no se hará uso de ninguna disposición del presente Acuerdo en relación con la cuestión del agotamiento de los derechos de propiedad intelectual”.

***Importaciones paralelas, importaciones grises y “agotamiento” de los derechos.*** El agotamiento de los derechos constituye una excepción o flexibilidad a los derechos que confiere la titularidad de la patente –al igual que las contempladas en los artículos 8, 30, 31 y 40– prevista en el Acuerdo sobre los ADPIC que se vincula directamente con las importaciones paralelas.

De acuerdo a la OMC<sup>421</sup>, las importaciones paralelas se refieren a aquellos productos comercializados por el titular de la patente en un país e importados en otro país sin la aprobación del titular de la patente y el principio jurídico que se aplica es el de "agotamiento". Es decir, una vez que una empresa titular que fabrica un producto bajo

---

<sup>420</sup> DEERE, Carolyn, *The Implementation Game: The TRIPS Agreement and the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries*, Oxford University Press, 2008.

<sup>421</sup> OMC, *Los ADPIC y las patentes de productos farmacéuticos. Hoja Informativa*, Septiembre 2006, p. 5.

patente ha vendido un lote de su producto, se agotan sus derechos de patente respecto de ese lote y ya no tiene ningún derecho sobre lo que ocurra con el mismo.

Como lo explicita el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental de las Naciones Unidas, Anand Grover, “puede ser un instrumento útil para que los países ahorren dinero, puesto que les permite importar un producto patentado de países donde es posible que se venda a un precio inferior al del mercado interior”<sup>422</sup>, permitiendo el Acuerdo sobre los ADPIC a los países elegir la modalidad<sup>423</sup> del principio del agotamiento –a nivel nacional, regional o internacional– que aplique a sus regímenes de patentes.

Respecto de su implementación en países en desarrollo, la revisión legislativa efectuada por Musungu & Oh<sup>424</sup> arrojó que en la mitad de ellos sus leyes sobre patentes contemplaban disposiciones específicas que permitían las importaciones paralelas, mientras que la otra mitad no contemplaba referencias específicas a la importación paralela o al principio de agotamiento. En concepto de los autores esto se puede deber a que históricamente la base legal de la importación paralela se ha establecido a través de casos ventilados en sede judicial.

## **“Artículo 7 Objetivos**

La protección y la observancia de los derechos de propiedad intelectual deberán contribuir a la promoción de la innovación tecnológica y a la transferencia y difusión de la tecnología, en beneficio recíproco de los productores y de los usuarios de conocimientos tecnológicos y de modo que favorezcan el bienestar social y económico y el equilibrio de derechos y obligaciones”.

---

<sup>422</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/11/12, de 31 de marzo de 2009, párrafo 42.

<sup>423</sup> El Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental de las Naciones Unidas, Anand Grover, ejemplifica diferentes países respecto de cada régimen de agotamiento. Indica que Sudáfrica, Kenya, Honduras y los miembros de la Comunidad Andina han adoptado el régimen del agotamiento internacional para promover la asequibilidad y la disponibilidad de los medicamentos esenciales, mientras que países como Brasil y Marruecos han adoptado el régimen del agotamiento nacional. Por su parte, el principio del agotamiento regional ha sido aplicado por los países del África occidental signatarios del Acuerdo de Bangui. Con todo, en su concepto los países que han adoptado el régimen del agotamiento internacional tienen mayor capacidad para facilitar el acceso a los medicamentos (documento de las Naciones Unidas A/HRC/11/12, párrafo 45).

<sup>424</sup> MUSUNGU, Sisule y OH, Cecilia, *The use of flexibilities in TRIPS by developing countries: can they promote access to medicines?*, WHO, 2006 (CIPHI Studies), p. 28.

## **“Artículo 8 Principios**

1. Los Miembros, al formular o modificar sus leyes y reglamentos, podrán adoptar las medidas necesarias para proteger la salud pública y la nutrición de la población, o para promover el interés público en sectores de importancia vital para su desarrollo socioeconómico y tecnológico, siempre que esas medidas sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo.
2. Podrá ser necesario aplicar medidas apropiadas, siempre que sean compatibles con lo dispuesto en el presente Acuerdo, para prevenir el abuso de los derechos de propiedad intelectual por sus titulares o el recurso a prácticas que limiten de manera injustificable el comercio o redunden en detrimento de la transferencia internacional de tecnología”.

Cabe hacer presente en relación con este artículo que en la Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública (Declaración de Doha), adoptada por la Conferencia Ministerial de la OMC en 2001, se reconocieron las preocupaciones con respecto a los efectos de la propiedad intelectual sobre los precios de los medicamentos y se reafirmó el derecho de los Estados miembros de utilizar la flexibilidad de los ADPIC para satisfacer las necesidades de salud pública y promover el acceso a los medicamentos para todos<sup>425</sup>. Este artículo se relaciona con el artículo 40 en lo que respecta a las prácticas anticompetitivas para impedir que los titulares de patentes y otros titulares de derechos de propiedad intelectual abusen de esos derechos.

## **“Artículo 27 Materia patentable**

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2 y 3, las patentes podrán obtenerse por todas las invenciones, sean de productos o de procedimientos, en todos los campos de la tecnología, siempre que sean nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial. Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 65, en el párrafo 8 del artículo 70 y en el párrafo 3 del presente artículo, las patentes se podrán obtener y los derechos de patente se podrán gozar sin discriminación por el lugar de la invención, el campo de la tecnología o el hecho de que los productos sean importados o producidos en el país.

---

<sup>425</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/11/12, párrafo 25.

2. Los Miembros podrán excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial en su territorio deba impedirse necesariamente para proteger el orden público o la moralidad, inclusive para proteger la salud o la vida de las personas o de los animales o para preservar los vegetales, o para evitar daños graves al medio ambiente, siempre que esa exclusión no se haga meramente porque la explotación esté prohibida por su legislación.

3. Los Miembros podrán excluir asimismo de la patentabilidad: a) los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas o animales; b) las plantas y los animales excepto los microorganismos, y los procedimientos esencialmente biológicos para la producción de plantas o animales, que no sean procedimientos no biológicos o microbiológicos. Sin embargo, los Miembros otorgarán protección a todas las obtenciones vegetales mediante patentes, mediante un sistema eficaz *sui generis* o mediante una combinación de aquéllas y éste.

Las disposiciones del presente apartado serán objeto de examen cuatro años después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC”.

***Criterios de patentabilidad.*** El Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental de las Naciones Unidas, Anand Grover, pone el acento en que el artículo 27 párrafo 1 no define los criterios de patentabilidad. Por ende, señala que los Estados miembros tienen libertad para definir cada criterio en función de sus necesidades, de modo que los países aplican normas diferentes a cada uno de esos criterios, sea a través de la legislación o a través de la jurisprudencia. Asimismo observa que “los países que aplican normas de patentabilidad menos estrictas permiten que las patentes se concedan fácilmente, lo que aplican normas de patentabilidad más elevadas sólo conceden patentes a invenciones auténticas”<sup>426</sup>.

***Exclusión de patentabilidad.*** Por tanto, el artículo 27 párrafos 2 y 3 permite a los Estados miembros excluir determinadas categorías de invenciones para proteger la salud pública cuando traten de invenciones cuya explotación comercial sea perjudicial para la vida o la salud de las personas, así como los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de las personas.

---

<sup>426</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/11/12, párrafo 32.

El citado Relator Especial alerta como motivo de especial preocupación desde la perspectiva del derecho a la salud, la “perennización” de las patentes por las empresas farmacéuticas, al buscar obtener patentes de usos, formas, combinaciones y fórmulas nuevas de medicamentos conocidos con el fin de prolongar el período de monopolio del titular de la patente, práctica que retrasa la entrada en el mercado de medicamentos genéricos de la competencia. En concepto del Relator Especial –quien cita al efecto los casos de la India y Filipinas cuyas legislaciones excluyen de la patentabilidad las formas nuevas de sustancias conocidas, a menos que sean claramente más eficaces, así como los usos y las combinaciones nuevos (o secundarios) de sustancias conocidas– la libertad para establecer criterios estrictos de patentabilidad y excluir determinadas invenciones es un instrumento muy importante, y que aplicado correctamente, puede conducir a la reducción de medicamentos patentados y limitar las consecuencias de las patentes para el acceso a los medicamentos, anticipando la entrada de la competencia de los genéricos<sup>427</sup>.

#### **“Artículo 29 Condiciones impuestas a los solicitantes de patentes**

1. Los Miembros exigirán al solicitante de una patente que divulgue la invención de manera suficientemente clara y completa para que las personas capacitadas en la técnica de que se trate puedan llevar a efecto la invención, y podrán exigir que el solicitante indique la mejor manera de llevar a efecto la invención que conozca el inventor en la fecha de la presentación de la solicitud o, si se reivindica la prioridad, en la fecha de prioridad reivindicada en la solicitud.
2. Los Miembros podrán exigir al solicitante de una patente que facilite información relativa a sus solicitudes y las correspondientes concesiones de patentes en el extranjero”.

#### **“Artículo 30 Excepciones de los derechos conferidos**

Los Miembros podrán prever excepciones limitadas de los derechos exclusivos conferidos por una patente, a condición de que tales excepciones no atenten de manera injustificable contra la explotación normal de la patente ni causen un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de la patente, teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros”.

---

<sup>427</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/11/12, párrafos 34-35.

***Excepción basada en la investigación y disposición “Bolar”.*** Este artículo 30 ha estado en el centro de grandes controversias, tanto judiciales en los EE.UU.<sup>428</sup> como ante el procedimiento de solución de diferencias de la OMC, con la disputa entre la reclamante Comunidades Europeas y Canadá<sup>429</sup> –en calidad de demandado– que en definitiva respaldó la legislación implementada por Canadá en aplicación de este artículo del Acuerdo sobre los ADPIC –que consagró “la excepción reglamentaria” o disposición “Bolar”– y que se individualizará en el párrafo 4.2.1.4.1.1 de esta tesis.

El artículo 30 ha amparado las excepciones con fines de investigación y experimentación, que de acuerdo con el Relator Especial Anand Grover “pueden ser útiles para estimular a los investigadores y fabricantes a que promuevan medicamentos nuevos, en particular para enfermedades desatendidas”<sup>430</sup>. Asimismo, la denominada “excepción reglamentaria” o disposición “Bolar”, que emana de esta disposición del Acuerdo sobre los ADPIC, ha sido aplicada por algunos países para permitir que los fabricantes de medicamentos genéricos usen la invención patentada para obtener la autorización de comercialización de esos productos —por ejemplo, de las autoridades de salud pública— sin el permiso del titular de la patente y antes de que haya expirado el período de protección. Así, los productores de medicamentos genéricos pueden comercializar su versión de esos medicamentos en cuanto expira la patente sin dilaciones<sup>431</sup>.

Un análisis comparado de las legislaciones nacionales arroja que en la actualidad la excepción con fines de investigación o experimentación se encuentra mucho más generalizada que la incorporación de la “excepción reglamentaria”<sup>432</sup>.

---

<sup>428</sup> El caso “*Roche Products v. Bolar Pharmaceutical*”, 733 F.2d 858 (Fed. Cir. 1984), ventilado en los Estados Unidos, es revisado en nuestra tesis en el capítulo quinto (5), párrafo 5.2.3.5.1, “Excepciones con fines de investigación y experimentación”.

<sup>429</sup> Solución de Diferencias (D.S.) N°114, de 1997, Comunidades Europeas contra Canadá (asunto “Canadá – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos”). En el marco de este procedimiento el año 2000 el Grupo Especial de Solución de Diferencias de la OMC confirmó que la aplicación de esta excepción por Canadá estaba en conformidad con el artículo 30 del Acuerdo sobre los ADPIC.

<sup>430</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/11/12, párrafo 47.

<sup>431</sup> OMC, *Los ADPIC y las patentes de productos farmacéuticos. Hoja Informativa*, Op. Cit, p. 4.

<sup>432</sup> MUSUNGU, Sisule y OH, Cecilia, Op. Cit.



### **“Artículo 31 Otros usos sin autorización del titular de los derechos**

Cuando la legislación de un Miembro permita otros usos de la materia de una patente sin autorización del titular de los derechos, incluido el uso por el gobierno o por terceros autorizados por el gobierno, se observarán las siguientes disposiciones:

[...]

**b)** sólo podrán permitirse esos usos cuando, antes de hacerlos, el potencial usuario haya intentado obtener la autorización del titular de los derechos en términos y condiciones comerciales razonables y esos intentos no hayan surtido efecto en un plazo prudencial. Los Miembros podrán eximir de esta obligación en caso de emergencia nacional o en otras circunstancias de extrema urgencia, o en los casos de uso público no comercial. Sin embargo, en las situaciones de emergencia nacional o en otras circunstancias de extrema urgencia el titular de los derechos será notificado en cuanto sea razonablemente posible. En el caso de uso público no comercial, cuando el gobierno o el contratista, sin hacer una búsqueda de patentes, sepa o tenga motivos demostrables para saber que una patente válida es o será utilizada por o para el gobierno, se informará sin demora al titular de los derechos;

**c)** el alcance y duración de esos usos se limitarán a los fines para los que hayan sido autorizados y, si se trata de tecnología de semiconductores, sólo podrá hacerse de ella un uso público no comercial o utilizarse para rectificar una práctica declarada contraria a la competencia tras un procedimiento judicial o administrativo;

[...]

**f)** se autorizarán esos usos principalmente para abastecer el mercado interno del Miembro que autorice tales usos;

[...]

**h)** el titular de los derechos recibirá una remuneración adecuada según las circunstancias propias de cada caso, habida cuenta del valor económico de la autorización;

[...]

**k)** los Miembros no estarán obligados a aplicar las condiciones establecidas en los apartados b) y f) cuando se hayan permitido esos usos para poner remedio a prácticas que, a results de un proceso judicial o administrativo, se haya determinado que son anticompetitivas. La necesidad de corregir las prácticas anticompetitivas se podrá tener en cuenta al determinar el importe de la remuneración en esos casos. Las

autoridades competentes tendrán facultades para denegar la revocación de la autorización si resulta probable que las condiciones que dieron lugar a esa autorización se repitan;  
[...].”

***Concesión de licencias obligatorias y uso por el Gobierno.*** Este artículo autoriza la concesión de licencias obligatorias –si bien el Acuerdo sobre los ADPIC no utiliza esta expresión<sup>433</sup>– y su uso por el Gobierno de un Estado miembro, sobre una invención patentada “sin autorización” del titular de la patente, con el objeto de equilibrar por una parte el fomento de la investigación y desarrollo de nuevos medicamentos –que se esgrime como fundamento para la concesión de patentes farmacéuticas– con la necesaria promoción al acceso de los medicamentos existentes, fundamental para la atención de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

En definitiva, aunque el artículo 31 impone algunas restricciones a las licencias obligatorias establecidas con el fin de proteger los intereses legítimos del titular de la patente, los Estados miembros tienen libertad para determinar los motivos para su concesión, que pueden ser los siguientes –aún cuando pueden también establecer otros criterios que estimen conveniente– que se indican a continuación: a) negativa a conceder licencias por parte del titular; b) interés público; c) salud pública y nutrición de la población; d) emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia; e) prácticas anticompetitivas; f) patentes dependientes; y g) falta o insuficiencia de explotación<sup>434</sup>.

El Relator Especial Anand Grover, indica que “si bien muchos países han adoptado mecanismos para conceder licencias obligatorias, los motivos son variados y los procedimientos previstos en la legislación nacional en ocasiones son complicados por lo que es necesario racionalizarlos y simplificarlos para facilitar la concesión de esas licencias”<sup>435</sup>.

---

<sup>433</sup> OMC, *Los ADPIC y las patentes de productos farmacéuticos. Hoja Informativa*, Op. Cit., p. 4.

<sup>434</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/11/12, párrafo 36.

<sup>435</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/11/12, párrafo 36.

En un análisis comparado llevado adelante por Ellen t’Hoen<sup>436</sup>, relativo a los países que habían utilizado las flexibilidades del Acuerdo sobre los ADPIC concerniente a licencias obligatorias y licencias para uso gubernamental, éste arrojó que hasta el 2009 se habían incorporado en 16 países en desarrollo miembros de la OMC, en 2 países menos adelantados (PMA) miembros de la OMC y en 7 países que no son miembros de la OMC. Por lo tanto, siendo su uso relevante en la lucha contra las enfermedades infecciosas, es necesaria una correcta aplicación y mayor incorporación en las legislaciones nacionales para, de ser necesario, disponer de esta herramienta.

Por último, una dificultad en la lucha contra las enfermedades infecciosas para aprovechar de mejor manera las licencias obligatorias para importar medicamentos genéricos por parte de países con una escasa o nula capacidad de fabricación, ha sido la letra f) del Acuerdo sobre los ADPIC. Ella limita la autorización “principalmente para abastecer el mercado interno del Miembro que autorice tales usos”, dificultad reconocida por la OMC en la Declaración de Doha de 2001 y propuesta su modificación mediante la Decisión del 30 de agosto de 2003 –que serán revisadas en esta tesis próximamente–, la que se convertirá en enmienda oficial del Acuerdo de los ADPIC con la firma de 2/3 de los miembros de la OMC.

#### **“Artículo 40**

1. Los Miembros convienen en que ciertas prácticas o condiciones relativas a la concesión de las licencias de los derechos de propiedad intelectual, que restringen la competencia, pueden tener efectos perjudiciales para el comercio y pueden impedir la transferencia y la divulgación de la tecnología.
2. Ninguna disposición del presente Acuerdo impedirá que los Miembros especifiquen en su legislación las prácticas o condiciones relativas a la concesión de licencias que puedan constituir en determinados casos un abuso de los derechos de propiedad intelectual que tenga un efecto negativo sobre la competencia en el mercado correspondiente. Como se establece *supra*, un Miembro podrá adoptar, de forma compatible con las restantes disposiciones del presente Acuerdo, medidas apropiadas para impedir o controlar dichas prácticas, que pueden incluir las

---

<sup>436</sup> T’HOEN, Ellen, Op. Cit., p. 61.

condiciones exclusivas de retrocesión, las condiciones que impidan la impugnación de la validez y las licencias conjuntas obligatorias, a la luz de las leyes y reglamentos pertinentes de ese Miembro.

[...]”.

***Control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales.*** De conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC, particularmente lo previsto en el artículo 8 y el artículo 40, los gobiernos también pueden tomar medidas, sujetas a ciertas condiciones, para impedir que los titulares de patentes y otros titulares de derechos de propiedad intelectual abusen de esos derechos, limitando de manera "injustificable" el comercio o entorpeciendo la transferencia internacional de tecnología<sup>437</sup>.

Por ejemplo, medidas para impedir el abuso de patentes<sup>438</sup> y la “perennización” de las patentes –práctica que consiste en obtener patentes nuevas de un medicamento ya patentado modificándolo ligeramente–, que previamente se mencionó al tratar el artículo 27, pueden y deben ser adoptadas por los países.

En conformidad con este artículo 40, la Comisión de Competencia de Sudáfrica consideró que la práctica de una empresa farmacéutica de no conceder licencias a empresas de genéricos constituye un abuso de posición dominante<sup>439</sup>. Esto se dio en el marco del caso en Sudáfrica “Treatment Action Campaign (TAC) v. GlaxoSmithKline & Boehringer Ingelheim”, respecto de productos farmacéuticos para el tratamiento de VIH/SIDA. En definitiva, la Comisión de Competencia de Sudáfrica, el año 2003, encontró a ambas gigantes farmacéuticas culpable de prácticas anticompetitivas y determinó fuertes sanciones<sup>440</sup>.

De acuerdo con el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, para aplicar una adecuada legislación en esta materia, “se deberían tener en cuenta los informes de las autoridades de la competencia de los países desarrollados en que se detallen las prácticas anticompetitivas en el sector

---

<sup>437</sup> OMC, *Los ADPIC y las patentes de productos farmacéuticos*. Hoja Informativa, Op. Cit., p. 4.

<sup>438</sup> Véase T’HOEN, Ellen, Op. Cit.

<sup>439</sup> Comunicado de prensa N°30, de 2003, de la Comisión de la Competencia de Sudáfrica.

<sup>440</sup> Véase detalles del caso y sanciones en T’HOEN, Ellen, Op. Cit., pp. 51-54.

farmacéutico” –y recomienda revisar la Dirección General de Competencia de la Unión Europea (UE), *Pharmaceutical Sector Inquiry – Preliminary Report*, de 28 de noviembre de 2008–, e indica que es “necesario que los países adopten y apliquen efectivamente medidas para promover la competencia de conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC a fin de prevenir o corregir las prácticas anticompetitivas que incidan en el uso de medicamentos patentados”<sup>441</sup>.

#### **“Artículo 65 Disposiciones transitorias**

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos 2, 3 y 4, ningún Miembro estará obligado a aplicar las disposiciones del presente Acuerdo antes del transcurso de un período general de un año contado desde la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC.
2. Todo país en desarrollo Miembro tiene derecho a aplazar por un nuevo período de cuatro años la fecha de aplicación, que se establece en el párrafo 1, de las disposiciones del presente Acuerdo, con excepción de los artículos 3, 4 y 5.
3. Cualquier otro Miembro que se halle en proceso de transformación de una economía de planificación central en una economía de mercado y libre empresa y que realice una reforma estructural de su sistema de propiedad intelectual y se enfrente a problemas especiales en la preparación o aplicación de sus leyes y reglamentos de propiedad intelectual podrá también beneficiarse del período de aplazamiento previsto en el párrafo 2.
4. En la medida en que un país en desarrollo Miembro esté obligado por el presente Acuerdo a ampliar la protección mediante patentes de productos a sectores de tecnología que no gozaban de tal protección en su territorio en la fecha general de aplicación del presente Acuerdo para ese Miembro, según se establece en el párrafo 2, podrá aplazar la aplicación a esos sectores de tecnología de las disposiciones en materia de patentes de productos de la sección 5 de la Parte II por un período adicional de cinco años.
5. Todo Miembro que se valga de un período transitorio al amparo de lo dispuesto en los párrafos 1, 2, 3 ó 4 se asegurará de que las modificaciones que introduzcan sus leyes, reglamentos o prácticas durante ese período no hagan que disminuya el grado de compatibilidad de éstos con las disposiciones del presente Acuerdo”.

---

<sup>441</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/11/12, párrafos 53 y 55.

***Períodos de transición para países en desarrollo Miembros.*** En aplicación de los párrafos 2 y 3 del artículo 65 los países en desarrollo y las economías en proceso de transformación de una economía de planificación central no tenían que aplicar la mayoría de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC –salvo los artículos 3, 4 y 5 relativos a la no discriminación– hasta el 1º de enero de 2000.

Asimismo, en aplicación del párrafo 4, un país en desarrollo cuya legislación al momento de la entrada en vigor del Acuerdo sobre los ADPIC (el 1º de enero de 1995) no ofrecía protección mediante patente a los productos farmacéuticos podía acogerse a un período de transición adicional de 5 años más para empezar a ofrecer esa protección, es decir hasta el plazo máximo del 1º de enero del 2005, debiendo cumplir los 2 requisitos establecidos en el párrafo 8 y párrafo 9 del artículo 70 transcrito más adelante.

Ahora bien, la aplicación de estos períodos de transición, cuando se hizo efectivo<sup>442</sup>, dió lugar en algunos casos rápidamente a diversas reclamaciones interpuestas por países desarrollados en contra de países en desarrollo –concretamente en contra de India<sup>443</sup> y Argentina<sup>444</sup>, respectivamente– ante el procedimiento de solución de diferencias comerciales de la OMC y que se verán a partir del párrafo 4.2.1.4 de esta tesis.

Como lo grafica el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, “las posibilidades de utilizar plenamente el período de transición para facilitar el acceso a los medicamentos han quedado

---

<sup>442</sup> Por ejemplo, el período de transición adicional previsto en el artículo 65.4, fue aplicado total o parcialmente solamente por 13 Miembros que notificaron dicha situación a la OMC: la Argentina, el Brasil, Cuba, Egipto, los Emiratos Árabes Unidos, la India, Kuwait, Marruecos, el Pakistán, el Paraguay, Túnez, Turquía y el Uruguay. Además, es importante tener en cuenta como lo ha constatado la OMC –OMC, *Los ADPIC y las patentes de productos farmacéuticos*. Hoja Informativa, Op. Cit, p. 8–, que la mayoría de los nuevos Miembros de la OMC que se adhirieron después de su creación en 1995, acordaron aplicar el Acuerdo sobre los ADPIC en el momento de su adhesión, sin aprovechar los períodos de transición.

<sup>443</sup> Procedimiento de Solución de Diferencias N°50, interpuesto por Estados Unidos en contra de la India en 1996 y el Procedimiento de Solución de Diferencias N°79, interpuesto por las Comunidades Europeas en contra de la India en 1997.

<sup>444</sup> Procedimiento de Solución de Diferencias N°171, interpuesto por Estados Unidos en contra de la Argentina en 1999 y el Procedimiento de Solución de Diferencias N°196, interpuesto nuevamente por los Estados Unidos en contra de la Argentina el año 2000.

demostradas en el caso de la India, que se ha convertido en un proveedor mundial de medicamentos genéricos asequibles<sup>445</sup>”, lo cual “se debe principalmente a que a principios del decenio de 1970, la India suprimió la protección mediante patente de los medicamentos y sólo mantuvo la protección mediante patente del proceso, lo cual favoreció el crecimiento de la industria farmacéutica nacional especializada en la producción de versiones genéricas de medicamentos patentados en países desarrollados”, transformando a la India “de país importador de la mayoría de sus medicamentos a precios extremadamente altos en uno de los exportadores más importantes al mundo en desarrollo de medicamentos a precios asequibles que salvan vidas”<sup>446</sup>.

#### **“Artículo 66 Países menos adelantados Miembros**

1. Habida cuenta de las necesidades y requisitos especiales de los países menos adelantados Miembros, de sus limitaciones económicas, financieras y administrativas y de la flexibilidad que necesitan para establecer una base tecnológica viable, ninguno de estos Miembros estará obligado a aplicar las disposiciones del presente Acuerdo, a excepción de los artículos 3, 4 y 5, durante un período de 10 años contados desde la fecha de aplicación que se establece en el párrafo 1 del artículo 65. El Consejo de los ADPIC, cuando reciba de un país menos adelantado Miembro una petición debidamente motivada, concederá prórrogas de ese período. [...]”.

*Períodos de transición para países menos adelantados.* El plazo previsto para los países menos adelantados de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 66 era hasta el 1° de enero de 2006. Luego, atendido los negativos efectos que el Acuerdo sobre los ADPIC puede provocar especialmente sobre los países pobres y el acceso a los medicamentos, su entrada en aplicación respecto específicamente a las patentes farmacéuticas, se amplía a 2016 bajo la Declaración de Doha relativa al acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública, la que se verá en el párrafo 4.2.1.3.2 de esta tesis.

---

<sup>445</sup> La India es el proveedor principal de medicamentos esenciales para los países en desarrollo. Aproximadamente el 67% de los medicamentos producidos en la India se exporta a países en desarrollo.

<sup>446</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/11/12, párrafo 29.

Ahora bien, sin perjuicio de lo positivo de la ampliación del plazo, hay que precisar que lamentablemente la medida no resulta tan trascendente como debiera, atendido que muchos de los países menos adelantados ya han dado cumplimiento al Acuerdo sobre los ADPIC antes de que vencieran sus plazos. En efecto, 12 países menos adelantados francófonos ya habían armonizado su legislación sustancialmente con el Acuerdo sobre los ADPIC en 2002, 11 años antes de que venciera su plazo en 2013<sup>447</sup>. Por su parte, cuando se adoptó la Declaración de Doha, los 25 Estados miembros de África, con tres excepciones (Angola, Ghana y Malawi), ya tenían leyes por las que se habían aprobado patentes de medicamentos<sup>448</sup>. Según la revisión comparada de Musungu y Oh, Camboya y Nepal son los únicos países menos adelantados que han excluido los productos farmacéuticos de la patentabilidad hasta el año 2016<sup>449</sup>.

#### **“Artículo 70 Protección de la materia existente**

[...]

8. Cuando en la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC un Miembro no conceda protección mediante patente a los productos farmacéuticos ni a los productos químicos para la agricultura de conformidad con las obligaciones que le impone el artículo 27, ese Miembro:

- a) no obstante las disposiciones de la Parte VI, establecerá desde la fecha en vigor del Acuerdo sobre la OMC un medio por el cual puedan presentarse solicitudes de patentes para esas invenciones;
- b) aplicará a esas solicitudes, desde la fecha de aplicación del presente Acuerdo, los criterios de patentabilidad establecidos en este Acuerdo como si tales criterios estuviesen aplicándose en la fecha de presentación de las solicitudes en ese Miembro, o si puede obtenerse la prioridad y ésta se reivindica, en la fecha de prioridad de la solicitud; y
- c) establecerá la protección mediante patente de conformidad con el presente Acuerdo desde la concesión de la patente y durante el resto de la duración de la misma, a contar de la fecha de presentación de la solicitud de conformidad con el artículo 33 del presente Acuerdo, para las solicitudes que cumplan los criterios de protección a que se hace referencia en el apartado b).

---

<sup>447</sup> DEERE, Carolyn, Op. Cit.

<sup>448</sup> Ibidem.

<sup>449</sup> MUSUNGU, Sisule y OH, Cecilia, Op. Cit.



9. Cuando un producto sea objeto de una solicitud de patente en un Miembro de conformidad con el párrafo 8 a), se concederán derechos exclusivos de comercialización, no obstante las disposiciones de la Parte VI, durante un período de cinco años contados a partir de la obtención de la aprobación de comercialización en ese Miembro o hasta que se conceda o rechace una patente de producto en ese Miembro si este período fuera más breve, siempre que, con posterioridad a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC, se haya presentado una solicitud de patente, se haya concedido una patente para ese producto y se haya obtenido la aprobación de comercialización en otro Miembro”.

**4.2.1.3.2. Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública (Declaración de Doha)**<sup>450</sup>. Si bien el Acuerdo sobre los ADPIC permite cierta flexibilidad, y varios de sus artículos contemplan excepciones y limitaciones precisamente a favor del derecho a la salud y la protección de la salud pública, no es menos cierto que las presiones e intereses en disputa en materia de propiedad intelectual son tan fuertes que los gobiernos de diferentes países no estaban seguros de cómo debían interpretarse las disposiciones que permiten cierta flexibilidad ni en qué medida se respetaría su derecho a utilizarlas. De partida todos los Miembros africanos de la OMC figuraban entre los Miembros que solicitaban una aclaración<sup>451</sup>.

Esta aclaración solicitada no debe extrañar, si se tiene presente que la presión de los países desarrollados ha influido mucho en la aplicación de la flexibilidad del Acuerdo sobre los ADPIC en los países en desarrollo y los países menos adelantados<sup>452</sup>.

Por tanto, los efectos perjudiciales en la salud pública que provoca no aplicar adecuadamente las excepciones y flexibilidades del Acuerdo sobre los ADPIC, especialmente en las poblaciones más vulnerables y específicamente en la lucha contra las enfermedades infecciosas, produjo que en la Conferencia Ministerial de Doha celebrada en noviembre de 2001, junto a la Declaración Ministerial principal adoptada el 14 de noviembre de 2001, los gobiernos de los Miembros de la OMC adoptaron por

---

<sup>450</sup> Documento de la Organización Mundial del Comercio WT/MIN(01)/DEC/2, de 20 de noviembre de 2001.

<sup>451</sup> OMC, *Los ADPIC y las patentes de productos farmacéuticos*. Hoja Informativa, Op. Cit., p. 6.

<sup>452</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/11/12, párrafo 26.

separado una Declaración sobre los ADPIC y la Salud Pública, de manera que permitiese apoyar la salud pública promoviendo tanto el acceso a los medicamentos existentes como la creación de otros nuevos.

**4.2.1.3.2.1. Preocupación expresa por lucha contra enfermedades infecciosas.** La Declaración adoptada en la Conferencia Ministerial de Doha parte en su párrafo primero reconociendo “la gravedad de los problemas de salud pública que afligen a muchos países en desarrollo y menos adelantados, especialmente los resultantes del VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias”.

Luego, en ella se recalca “la necesidad de que el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC) de la OMC forme parte de la acción nacional e internacional más amplia encaminada a hacer frente a estos problemas”<sup>453</sup>, al tiempo que se reconoce asimismo “las preocupaciones con respecto a sus efectos sobre los precios”<sup>454</sup>.

Y quizás lo más importante en la lucha contra las enfermedades infecciosas, en referencia directa al artículo 31 letra b) del Acuerdo sobre los ADPIC, declara expresamente que “cada Miembro tiene el derecho de determinar lo que constituye una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia, quedando entendido que las crisis de salud pública, incluidas las relacionadas con el VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias, pueden representar una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia”<sup>455</sup>.

**4.2.1.3.2.2. Principales acuerdos adoptadas en Declaración de Doha**<sup>456</sup>. Los principales acuerdos adoptadas por los países Miembros de la OMC en esta Declaración relativa específicamente a la salud pública –necesarios para fortalecer la capacidad de los países de enfrentar con todas las herramientas disponibles la lucha contra las enfermedades infecciosas– fueron los siguientes:

---

<sup>453</sup> Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública, párrafo 2.

<sup>454</sup> Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública, párrafo 3.

<sup>455</sup> Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública, párrafo 5 letra c).

<sup>456</sup> Véase OMC, *Los ADPIC y las patentes de productos farmacéuticos. Hoja Informativa*, Op. Cit.

i) El Acuerdo sobre los ADPIC no puede y no debe impedir que los Miembros adopten medidas con el objeto de proteger la salud pública:

**Párrafo 4.**

“Convenimos en que el Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública. En consecuencia, al tiempo que reiteramos nuestro compromiso con el Acuerdo sobre los ADPIC, afirmamos que dicho Acuerdo puede y deberá ser interpretado y aplicado de una manera que apoye el derecho de los Miembros de la OMC de proteger la salud pública y, en particular, de promover el acceso a los medicamentos para todos.

A este respecto, reafirmamos el derecho de los Miembros de la OMC de utilizar, al máximo, las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, que prevén flexibilidad a este efecto.”.

ii) Se subraya la capacidad de los países de hacer uso de la flexibilidad prevista en el Acuerdo sobre los ADPIC, en particular las licencias obligatorias y las importaciones paralelas:

**Párrafo 5 letra b) y c).**

“5. En consecuencia, y a la luz del párrafo 4 *supra*, al tiempo que mantenemos los compromisos que hemos contraído en el Acuerdo sobre los ADPIC, reconocemos que estas flexibilidades incluyen lo siguiente:

[...]

b) Cada Miembro tiene el derecho de conceder licencias obligatorias y la libertad de determinar las bases sobre las cuales se conceden tales licencias.”.

c) Cada Miembro tiene el derecho de determinar lo que constituye una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia, quedando entendido que las crisis de salud pública, incluidas las relacionadas con el VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias, pueden representar una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia.

[...]”.

iii) Se conviene en prorrogar hasta 2016, en favor de los países menos adelantados, las exenciones en relación con la protección mediante patente de los productos farmacéuticos:

**Parrafo 7.**

“[...]

También convenimos en que los países menos adelantados Miembros no estarán obligados, con respecto a los productos farmacéuticos, a implementar o aplicar las secciones 5 y 7 de la Parte II del Acuerdo sobre los ADPIC ni a hacer respetar los derechos previstos en estas secciones hasta el 1° de enero de 2016, sin perjuicio del derecho de los países menos adelantados Miembros de recabar otras prórrogas de los períodos de transición con arreglo a lo dispuesto en el párrafo 1 del artículo 66 del Acuerdo sobre los ADPIC. Encomendamos al Consejo de los ADPIC que adopte las disposiciones necesarias para dar a esto efecto de conformidad con el párrafo 1 del artículo 66 del Acuerdo sobre los ADPIC.”.

iv) Los Ministros –atendido el texto del artículo 31 letra f) del Acuerdo sobre los ADPIC– asignaron al Consejo de los ADPIC decidir cómo podría preverse una mayor flexibilidad de modo que los países que no fueran capaces de fabricar por sí mismos los productos farmacéuticos pudieran obtener suministros de copias de medicamentos patentados fabricados al amparo de licencias obligatorias:

**Párrafo 6.**

“Reconocemos que los Miembros de la OMC cuyas capacidades de fabricación en el sector farmacéutico son insuficientes o inexistentes podrían tropezar con dificultades para hacer un uso efectivo de las licencias obligatorias con arreglo al Acuerdo sobre los ADPIC. Encomendamos al Consejo de los ADPIC que encuentre una pronta solución a este problema y que informe al respecto al Consejo General antes del fin de 2002”.

***Importaciones al amparo de licencias obligatorias.*** La problemática expuesta en el párrafo 6 de la Declaración de Doha tiene mucha trascendencia y alude a la necesidad de modificar el apartado f) del artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC que dispone que los productos fabricados al amparo de licencias obligatorias se usarán

"principalmente para abastecer el mercado interno", por cuanto dicha redacción limita la aplicación de la flexibilidad.

En efecto, dicha redacción por una parte limita la cantidad de medicamentos que pueden exportar aquellos países con capacidad para fabricar medicamentos cuando se produce al amparo de una licencia obligatoria y, por otra parte, repercute negativamente sobre los países que no son capaces de fabricar medicamentos y que, por consiguiente, desean importar medicamentos genéricos, toda vez que a estos últimos les resultará difícil encontrar países que puedan suministrarles medicamentos fabricados al amparo de licencias obligatorias.

En definitiva éste importante acuerdo adoptado en el párrafo 6 de la Declaración de Doha condujo a la dictación de la Decisión del Consejo General de la OMC, del 30 de agosto de 2003, que se verá a continuación.

**4.2.1.3.2.3. Decisión del Consejo General de la OMC de 30 de agosto de 2003<sup>457</sup>.** De tal manera, el mandato conferido al Consejo de los ADPIC en el párrafo 6 de la Declaración de Doha recae sobre una materia de la mayor trascendencia, que tiene que ver nada menos con la necesidad de otorgar claridad fundamentalmente a los países menos adelantados y a los países en desarrollo de que están autorizados para importar medicamentos genéricos más baratos fabricados al amparo de licencias obligatorias, cuando no son capaces –o tienen escasa capacidad– de fabricarlos por sí mismos.

En definitiva, este problema fue resuelto el 30 de agosto de 2003, cuando los Miembros de la OMC llegaron a un acuerdo sobre las modificaciones reglamentarias requeridas, observando que existen circunstancias excepcionales que justifican exenciones de las obligaciones establecidas en los apartados f) y h) del artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC con respecto a los productos farmacéuticos<sup>458</sup>.

---

<sup>457</sup> Disponible en [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/implem\\_para6\\_s.htm#annex](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/implem_para6_s.htm#annex) (visitado el 29 de agosto de 2011). Documento de la Organización Mundial del Comercio WT/L/540, de 1º de septiembre de 2003.

<sup>458</sup> El párrafo 1º letra a) de la Decisión entiende por “producto farmacéutico” cualquier producto patentado, o producto manufacturado mediante un proceso patentado, del sector farmacéutico necesario para hacer frente a los problemas de salud pública reconocidos en el párrafo 1 de la Declaración. Queda

**Exenciones contenidas en la Decisión de 30 de agosto de 2003.** La Decisión del Consejo General contiene siguientes exenciones<sup>459</sup>:

→ Se exime a los países exportadores<sup>460</sup> de sus obligaciones en el marco del apartado f) del artículo 31, de forma que cualquier país Miembro puede exportar productos farmacéuticos genéricos fabricados al amparo de licencias obligatorias para atender las necesidades de los países importadores, en los términos fijados en el párrafo 2º de la Decisión.

→ Se exime a los países importadores<sup>461</sup> de las obligaciones que les corresponden con respecto al pago de la remuneración para el titular de una patente con arreglo a una licencia obligatoria, a fin de evitar la duplicación del pago. Sólo se exige el pago de la remuneración por el lado de la exportación, en los términos fijados en el párrafo 3º de la Decisión<sup>462</sup>.

→ Se exime a los países en desarrollo y menos adelantados de las limitaciones de las exportaciones con objeto de que puedan exportar dentro del territorio de un acuerdo comercial regional, cuando por lo menos la mitad de sus miembros hayan sido

---

entendido que estarían incluidos los ingredientes activos necesarios para su fabricación y los equipos de diagnóstico necesarios para su utilización.

<sup>459</sup> Véase OMC, *Los ADPIC y las patentes de productos farmacéuticos. Hoja Informativa*, Op. Cit., p. 6.

<sup>460</sup> El párrafo 1º letra c) de la Decisión entiende por “Miembro exportador” todo Miembro que utilice el sistema expuesto en la presente Decisión a fin de producir productos farmacéuticos para un Miembro importador habilitado y de exportarlos a ese Miembro.

<sup>461</sup> El párrafo 1º letra b) de la Decisión entiende por “Miembro importador habilitado” cualquier país menos adelantado Miembro y cualquier otro Miembro que haya notificado al Consejo de los ADPIC su intención de utilizar el sistema como importador, quedando entendido que un Miembro podrá notificar en todo momento que utilizará el sistema en su totalidad o de manera limitada, por ejemplo: únicamente en el caso de una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia o en casos de utilización pública no comercial. Al momento de su dictación, 23 países –Alemania, Australia, Austria, Bélgica, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Islandia, Italia, Japón, Luxemburgo, Noruega, Nueva Zelandia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza– declararon que no utilizarán el sistema expuesto en la presente Decisión como Miembros importadores.

<sup>462</sup> El párrafo 3º de la Decisión del Consejo General de la OMC, dispone que: “Cuando un Miembro exportador conceda una licencia obligatoria en virtud del sistema expuesto en la presente Decisión, se recibirá en ese Miembro una remuneración adecuada de conformidad con el apartado h) del artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC, habida cuenta del valor económico que tenga para el Miembro importador el uso autorizado en el Miembro exportador. Cuando se conceda una licencia obligatoria respecto de los mismos productos en el Miembro importador habilitado, se eximirá a ese Miembro del cumplimiento de la obligación que le corresponde en virtud del apartado h) del artículo 31 respecto de aquellos productos por los que se reciba en el Miembro exportador una remuneración de conformidad con la primera oración de este párrafo.”.

considerados como países menos adelantados en el momento de la adopción de la Decisión. De esa forma, los países en desarrollo pueden aprovechar las economías de escala<sup>463</sup>.

Con todo, en cada caso se establecen requisitos y condiciones que deben ser cumplidas para su efectiva aplicación.

#### **4.2.1.3.2.4. Decisión del Consejo General de la OMC de 6 de diciembre de 2005<sup>464</sup>.**

Esta Decisión de la OMC transforma directamente la “exención” del 30 de agosto de 2003 en una enmienda permanente del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC). En ella se acuerda el texto de un nuevo artículo 31 bis<sup>465</sup> que entrará formalmente en vigor cuando dos tercios de los Miembros de la OMC las hayan aceptado, mientras tanto se aplica transitoriamente la Decisión de 30 de agosto de 2003. Constituirá la primera vez que un acuerdo fundamental de la OMC es enmendado.

Hasta la fecha ha sido aceptada por los siguientes Miembros: Estados Unidos (17 de diciembre de 2005); Suiza (13 de septiembre de 2006); El Salvador (19 de septiembre de 2006); Republica de Corea (24 de enero de 2007); Noruega (5 de febrero de 2007); India (26 de marzo de 2007); Filipinas (30 de marzo de 2007); Israel (10 de agosto de 2007); Japón (31 de agosto de 2007); Australia (12 de septiembre de 2007); Singapur (28 de septiembre de 2007); Hong Kong, China (27 de noviembre de 2007); China (28 de noviembre de 2007); Unión Europea (30 de noviembre de 2007); Mauricio (16 de abril de 2008); Egipto (18 de abril de 2008); México (23 de mayo de 2008); Jordania (6 de agosto de 2008); Brasil (13 de noviembre de 2008); Marruecos (2 de diciembre de 2008); Albania (28 de enero de 2009); Macao, China (16 de junio de 2009); Canadá (16 de junio de 2009); Bahrein (4 de agosto de 2009); Colombia (7 de agosto de 2009); Zambia (10 de agosto de 2009); Nicaragua (25 de enero de 2010); Pakistán (8 de febrero de 2010); Ex República Yugoslava de Macedonia (ERYM) (16 de marzo de

---

<sup>463</sup> Véase la Decisión del Consejo General de la OMC, de 30 de agosto de 2003, párrafo 6.

<sup>464</sup> Disponible en [http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/trips\\_s/wtl641\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/trips_s/wtl641_s.htm) (visitado el 29 de agosto de 2011), documento de la Organización Mundial del Comercio WT/L/641, de 8 de diciembre de 2005.

<sup>465</sup> Véase el texto del nuevo artículo 31 bis en Anexo al Protocolo por el que se enmienda el Acuerdo sobre los ADPIC disponible en <http://www.tk.bioetica.org/reglamentaciones/omc-enmienda.htm> (visitado el 29 de agosto de 2011).

2010); Uganda (12 de julio de 2010); Mongolia (17 de septiembre de 2010); Croacia (6 de diciembre de 2010); y Senegal (18 de enero de 2011).

Por último, cabe mencionar que el primer y único caso de exportación de un medicamento de conformidad con la Decisión de 30 de agosto de 2003 –su aplicación demanda procedimientos administrativos complejos además de modificaciones legislativas por parte del país exportador– se produjo en 2008, siendo el destino de esa exportación Rwanda<sup>466</sup> y el Miembro exportador Canadá<sup>467</sup>, en que autoriza a una empresa a fabricar para la exportación de una versión genérica de un medicamento patentado.

En efecto se trató de una importación por Rwanda –país que no tiene capacidad para fabricar por sí mismo el medicamento– de 260.000 paquetes de TriAvir, medicamento de triterapia contra el SIDA (un producto que combina en dosis fijas zidovudina, lamivudina y nevirapina), fabricado en el Canadá por la compañía farmacéutica Apotex, Inc. con el nombre de ApoTriavir.

Por tanto, esta experiencia y la entrada en vigencia del artículo 31 bis como enmienda oficial del Acuerdo sobre los ADPIC debiera vigorizar la aplicación de este mecanismo, que demuestra en este caso concreto el aporte que significa su aplicación en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

#### **4.2.1.4. El procedimiento de solución de diferencias comerciales de la OMC<sup>468</sup>.**

El sistema de solución de diferencias comerciales de la OMC se compone en términos muy didácticos de las siguientes etapas: Primero, de la solicitud de celebración de consultas, esto es, cuando un país manifiesta su disconformidad y reclama contra la conducta de otro país en la ejecución y aplicación de alguno de los acuerdos de la OMC

---

<sup>466</sup> Véase sitio [http://www.wto.org/spanish/news\\_s/news07\\_s/trips\\_health\\_notif\\_oct07\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/news_s/news07_s/trips_health_notif_oct07_s.htm) (visitado el 29 de agosto de 2011), relativo a notificación de Rwanda a la OMC para aplicar mecanismo contemplado en Decisión de 30 de agosto de 2003. Con fecha 17 de julio de 2007, notificó a la OMC de su intención de importar 260.000 paquetes de TriAvir.

<sup>467</sup> Notificación de Canadá a la OMC, de fecha 4 de octubre de 2007, de conformidad con el párrafo 2 c) de la Decisión de 30 de agosto de 2003, sobre la Aplicación del Párrafo 6 de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública. Véase el documento de la Organización Mundial del Comercio IP/N/10/CAN/1, de 5 de octubre de 2007.

<sup>468</sup> Para una completa descripción del procedimiento, véase: OMC, *Entender la OMC*, 5ª edición, Ginebra, OMC, 2010, pp. 55-60.



–siendo de nuestro interés el Acuerdo sobre los ADPIC– y solicita "sentarse a conversar" con el mismo.

Segundo, cuando lo anterior no resulta, y no se llega a una negociación sobre la diferencia, el reclamante pide la "constitución de Grupo Especial" que es un panel de expertos que verá la diferencia comercial, haciendo las veces de tribunal de primera instancia, que resolverá la diferencia emitiendo un elaborado Informe analizando en profundidad el litigio. Si existe disconformidad de alguna de las partes o de ambas de la resolución del Grupo Especial, se pasa a la siguiente instancia. Pasa al Órgano de Apelación, que constituye un órgano estable, cuya resolución final resuelve y recomienda al perdedor del litigio la aplicación de determinadas medidas a fin de dejar de transgredir el acuerdo de la OMC invocado por el reclamante, en nuestro caso respecto del Acuerdo sobre los ADPIC.

Finalmente, si ésta recomendación no se cumple en un plazo determinado el reclamante puede solicitar la aplicación de sanciones comerciales al perdedor o "retorsiones".

**4.2.1.4.1. Jurisprudencia relativa al Acuerdo sobre los ADPIC.** Cada vez con mayor interés, como lo demuestran recientes reclamaciones interpuestas por Brasil y la India, respectivamente, ambas en 2010, en contra de la Unión Europea y los Países Bajos –por la reiterada confiscación de medicamentos genéricos, en cuyos procesos se han asociado diversos países, entre ellos China, al reivindicar tener un interés sustancial en el conflicto–, dan cuenta de la actual vigencia del procedimiento de solución de diferencias por la reclamación de contravenciones al Acuerdo sobre los ADPIC.

La revisión de esta importante jurisprudencia permitirá de modo ilustrativo verificar algunos de los principales conflictos que la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC provocan en materia de patentes farmacéuticas, clave en relación con el acceso a los medicamentos esenciales y la investigación científica, y permitirá vislumbrar claramente las diferentes concepciones e intereses que subyacen, tras la interpretación y aplicación de las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC, así como las dificultades que existen para aplicar las flexibilidades y limitaciones que el propio Acuerdo sobre los ADPIC establece en materias de interés para nuestra tesis.

Del mismo modo, podrá otorgar luces sobre los diferentes intereses que ejerce la industria farmacéutica en el ámbito sanitario y farmacéutico, así como las pugnas que se han dado y continúan existiendo entre países desarrollados, en vías de desarrollo y países menos adelantados, en este ámbito, y las repercusiones que pueden provocar en la salud pública, en especial de las poblaciones más vulnerables.

A continuación se especificarán y dará repaso a aquellos requerimientos –hasta la fecha un total de nueve (9) en materia de patentes farmacéuticas– que han dado origen a procedimientos de solución de diferencias (en adelante “D.S.”), clasificándolas según la materia que ha generado el principal motivo de conflicto.

#### **4.2.1.4.1.1. “Examen reglamentario” o Cláusula “Bolar”.**

##### **i) Comunidades Europeas contra Canadá: D.S. N°114, de 1997 (“Canadá – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos”)<sup>469</sup>.**

La solicitud de celebración de consultas, a que da origen la reclamación presentada por las Comunidades Europeas ante el procedimiento de solución de diferencias de la OMC, el 19 de diciembre de 1997, en contra del país demandado Canadá, se basa en que en su concepto, determinadas disposiciones de la Ley de Patentes del Canadá, tanto la "disposición relativa al examen reglamentario (artículo 55.2(1))"; como asimismo, la "disposición relativa al almacenamiento (artículo 55.2(2))", permitían a los fabricantes de medicamentos en general anular, en determinadas situaciones, los derechos conferidos al titular de una patente, en contravención a los artículos 27, 28 y 33 del Acuerdo sobre los ADPIC.

**Tema en discusión.** Para el reclamante, atendido que la patente confiere derechos exclusivos a su titular por un período de protección mínimo de 20 años, las disposiciones contenidas en la Ley de Patentes del Canadá infringen las normas del artículo 27, 28 y 33, del Acuerdo sobre los ADPIC. Ello, por cuanto la disposición

---

<sup>469</sup> Véase sitio [www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds114\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds114_s.htm) (visitado el 29 de agosto de 2011), para revisar historia completa de este caso.

relativa al examen reglamentario –artículo 55.2(1)– permitía a los fabricantes generales de productos farmacéuticos producir muestras del producto patentado para su uso durante el proceso de examen reglamentario ante las autoridades de salud y, por su parte, la disposición relativa al almacenamiento –artículo 55.2(2)– permitía a los productores de medicamentos genéricos fabricar esos medicamentos y empezar a acumularlos seis meses antes de la expiración de la patente.

Para Canadá, país demandado, si bien las mencionadas disposiciones –tanto la relativa al examen reglamentario<sup>470</sup> como la relativa al almacenamiento<sup>471</sup>– de su Ley de Patentes topan con el párrafo 1 del artículo 28 del Acuerdo sobre los ADPIC, se encuentran amparadas y cubiertas por la excepción contemplada en el artículo 30 del Acuerdo sobre los ADPIC, que permite a los países Miembros prever excepciones limitadas de los derechos exclusivos conferidos por una patente, teniendo en cuenta que la comercialización de los productos farmacéuticos solamente se podrá efectuar una vez

---

<sup>470</sup> El Grupo Especial encargado de examinar el asunto "*Canadá - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos*" –párrafo 7.81 del Informe contenido en el documento de la OMC WT/DS114/R, de 17 de marzo de 2000–, “pidió al Canadá que explicase la distinción entre, por una parte, su decisión, plasmada en el apartado 1) del párrafo 2 del artículo 55, de suprimir la demora en la obtención de la aprobación para la comercialización en el caso de los productores competitivos que trataban de introducirse en el mercado después de la expiración de la patente, y, por otra, su decisión de no corregir o compensar el retraso similar en el caso del propio titular de la patente. El Canadá respondió que la disminución *de facto* de la exclusividad en el mercado en el caso de los titulares de patentes era una consecuencia inevitable del tiempo necesario para asegurar y demostrar la inocuidad y la eficacia del producto, en tanto que la demora impuesta a los competidores por el ejercicio de los derechos de patente para bloquear el desarrollo del producto y la iniciación del proceso de examen reglamentario durante el plazo de vigencia de la patente no era necesaria para asegurar la inocuidad del producto ni constituía un ejercicio apropiado de los derechos de patente. La respuesta del Canadá planteaba otra cuestión, concerniente a la medida en que las demoras en la comercialización experimentadas por los titulares de patente eran, de hecho, resultado de la reglamentación efectuada por los poderes públicos, y no una consecuencia normal del necesario proceso de desarrollo de los productos en el caso de los productos de esa naturaleza.”.

<sup>471</sup> Según lo constatado por el Grupo Especial en el párrafo 7.27 del mencionado Informe: “El Canadá adujo que la excepción basada en la acumulación de existencias establecida en el apartado 2) del párrafo 2 del artículo 55 era de alcance restringido porque sólo tenía repercusiones limitadas sobre los derechos de patente del titular. El Canadá señaló que la excepción basada en la acumulación de existencias no afectaba al derecho del titular de la patente a la comercialización exclusiva para las ventas “comerciales” durante el plazo de vigencia de la patente, puesto que el producto que se fabricaba y se almacenaba durante los seis últimos meses de la duración de la patente no podía venderse compitiendo con el titular de la patente hasta que hubiera expirado la patente. Por “ventas comerciales” el Canadá entendía evidentemente las ventas al consumidor final, porque reconocía que estaban autorizadas las ventas de ingredientes patentados a los productores que procedían a la acumulación de existencias autorizada. Así pues, el Canadá argumentaba que una excepción era “limitada” siempre que se preservase el derecho exclusivo a vender al consumidor final<sup>471</sup> durante el plazo de vigencia de la patente. Además, el Canadá afirmó que la excepción se veía limitada aún más por su duración de seis meses de la excepción y por el hecho de que sólo podían invocarla las personas que hubieran fabricado, construido o utilizado la invención con arreglo al apartado 1) del párrafo 2 del artículo 55.”.

expirada la patente, de manera que cumple las condiciones<sup>472</sup> preceptuadas en dicho artículo.

**Informe del Grupo Especial.** El Informe<sup>473</sup> del Grupo Especial encargado de examinar el asunto "*Canadá – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos*", determina en definitiva que:

→ **Disposición relativa al examen reglamentario.**– Relativo a esta disposición, “el Grupo Especial estimó que era significativo que las inquietudes por las excepciones basadas en el examen reglamentario en general, aunque eran bien conocidas en la época de las negociaciones acerca del Acuerdo sobre los ADPIC, evidentemente no eran suficientemente claras ni suficientemente perentorias como para que quedase constancia de ellas en la documentación relativa a las negociaciones acerca del Acuerdo sobre los ADPIC. El Grupo Especial juzgó que la idea de los "legítimos intereses" del artículo 30 no debía utilizarse para dirimir, por decisión arbitral, una cuestión de política normativa que todavía era evidentemente objeto de un debate político no resuelto”<sup>474</sup>. En definitiva respecto de esta reclamación concluye que “Habiendo estudiado la conformidad del apartado 1) del párrafo 2 del artículo 55 con cada una de las tres condiciones que para poder establecer una excepción que se enuncian en el artículo 30 del Acuerdo sobre los ADPIC, el Grupo Especial llegó a la conclusión de que el apartado 1) del párrafo 2 del artículo 55 cumple las tres condiciones del artículo 30 y, por consiguiente, **no es incompatible** con las obligaciones que impone al Canadá el párrafo 1 del artículo 28 del Acuerdo sobre los ADPIC”<sup>475</sup>.

→ **Disposición relativa al almacenamiento.**– Respecto de esta disposición, “el Grupo Especial no pudo aceptar el argumento del Canadá de que la restricción de los derechos legales del titular de la patente es "limitada" siempre que la excepción preserve el derecho exclusivo a vender al consumidor final durante el plazo de vigencia de la

---

<sup>472</sup> la medida excepcional i) tiene que ser limitada; ii) no debe "atentar de manera injustificable contra la explotación normal de la patente"; y iii) no debe "causar un perjuicio injustificado a los legítimos intereses del titular de la patente", teniendo en cuenta los intereses legítimos de terceros. Para que una excepción se encuentre justificada al amparo del artículo 30 deberán satisfacerse esos tres criterios acumulativos.

<sup>473</sup> Documento de la Organización Mundial del Comercio WT/DS114/R, de 17 de marzo de 2000.

<sup>474</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.82.

<sup>475</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.84.

patente. En el argumento del Canadá está implícita la idea de que el derecho a impedir las ventas a los consumidores durante el plazo de vigencia de la patente es el derecho esencial conferido por una patente, y que los derechos a impedir, durante el plazo de vigencia de la patente, la "fabricación" y el "uso" del producto patentado son de alguna forma secundarios. El Grupo Especial no constata que en el Acuerdo sobre los ADPIC haya ningún elemento que apoye la creación de tal jerarquía de derechos de patente. Si lo único que importase realmente fuera el derecho a impedir las ventas, no habría ninguna razón para añadir otros derechos a impedir la "fabricación" y el "uso". La inclusión de tales derechos en el Acuerdo sobre los ADPIC, al igual que en la mayoría de las legislaciones nacionales sobre patentes, es una prueba convincente de que se considera que tales derechos constituyen una parte sustancial e independiente de los derechos del titular de la patente”<sup>476</sup>. Así respecto de esta reclamación “el Grupo Especial llegó en consecuencia a la conclusión de que el apartado 2) del párrafo 2 del artículo 55 es incompatible con las obligaciones que impone al Canadá el párrafo 1 del artículo 28 del Acuerdo.

**Aplicación de los Informes adoptados.**— En vista de que las partes no habían conseguido alcanzar una solución mutuamente satisfactoria en cuanto al “plazo prudencial” para la aplicación de las recomendaciones del Órgano de Solución de Diferencias (OSD), a pesar de la prórroga, convenida de común acuerdo, del plazo previsto en el párrafo 3 b) del artículo 21 del Estatuto de Solución de Diferencias (ESD), el 9 de junio de 2000, las Comunidades Europeas y sus Estados miembros solicitaron de conformidad con el párrafo 3 c) del artículo 21 del ESD, que el plazo prudencial fuera determinado mediante arbitraje.

De conformidad con el párrafo 3 del artículo 21 del ESD, el Árbitro consideró que el plazo prudencial para la aplicación de las recomendaciones y resoluciones del OSD por parte del Canadá sería de seis meses a partir de la fecha de adopción del informe del Grupo Especial y que, por tanto, expiraría el 7 de octubre de 2000.

---

<sup>476</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.33.

En la reunión del OSD celebrada el 23 de octubre de 2000, el Canadá informó a los Miembros de que, con efecto a partir del 7 de octubre de 2000, había aplicado las recomendaciones del OSD.

La gran relevancia de este caso tiene que ver con la consagración de la “excepción reglamentaria”, ratificando la legislación Canadiense en esta materia, que aplica la flexibilidad contemplada en el artículo 30 en la forma descrita precedentemente.

#### **4.2.1.4.1.2. Aplicación de disposiciones transitorias contempladas para países en desarrollo.**

**ii) Estados Unidos contra India: D.S. N°50, de 1996 (“India – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura”)<sup>477</sup>.**

La solicitud de celebración de consultas, a que da origen la reclamación presentada por los Estados Unidos ante el procedimiento de solución de diferencias de la OMC, el 2 de julio de 1996, en contra del país demandado India, se basa –en lo que interesa a esta tesis– en la presunta inexistencia en ese país de protección mediante patente de los productos farmacéuticos, en contravención de los artículos 27, 65 y 70 del Acuerdo sobre los ADPIC.

**Tema en discusión.** En síntesis, para el reclamante los Estados Unidos, la India no había implementado la “norma del buzón de correos”<sup>478</sup> –exigida en forma transitoria a aquellos países en desarrollo cuya legislación no contemplaba la protección mediante patentes de los productos farmacéuticos, al momento de adoptarse el Acuerdo sobre los ADPIC y que se acogían al período de transición– en contravención del párrafo 8 del artículo 70 del Acuerdo sobre los ADPIC; y tampoco contemplaba mecanismo que permitiera otorgar derechos de comercialización exclusivos para los productos

---

<sup>477</sup> Véase sitio [www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds50\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds50_s.htm) (visitado el 29 de agosto de 2011), para revisar historia completa de este caso.

<sup>478</sup> Hace referencia al artículo 70 párrafo 8 del Acuerdo sobre los ADPIC que exigía a aquellos países en desarrollo cuya legislación no contemplaba la protección mediante patente de los productos farmacéuticos, la aplicación transitoria de una serie de medidas hasta la entrada en vigencia para ellos de las disposiciones de la Parte II Sección 5 “Patentes”.

abarcados por el párrafo 8 a) del artículo 70, en contravención con el párrafo 9 del artículo 70.

Para la India<sup>479</sup>, correspondía rechazar las reclamaciones de los Estados Unidos, por cuanto la India facilita un medio de presentación de las solicitudes de patente para los productos farmacéuticos de conformidad con lo dispuesto en el párrafo 8 del artículo 70 del Acuerdo sobre los ADPIC, basado en la práctica administrativa, siendo ese medio apto para lograr los objetivos establecidos en ese párrafo. Asimismo, como no ha habido ninguna solicitud de derechos exclusivos de comercialización en la India, la India no ha dejado de conceder tales derechos para ningún producto que reuniera las condiciones para ellos en virtud de lo dispuesto en el párrafo 9 del artículo 70 del Acuerdo sobre los ADPIC.

**Informe del Grupo Especial.** El Informe del Grupo Especial encargado de examinar el asunto "India – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura", determina que:

→ **Respecto del párrafo 8 del artículo 70.**– El Informe del Grupo Especial aduce que “En consideración de lo que antecede, constatamos que la falta de seguridad jurídica del funcionamiento del sistema de presentación anticipada de solicitudes es tal en la India que ese sistema no puede conseguir adecuadamente el objeto y fin del párrafo 8 del artículo 70 y proteger las expectativas legítimas en él contenidas para los inventores de productos farmacéuticos y productos químicos para la agricultura. Sería sumamente difícil adoptar decisiones documentadas de comercio e inversiones sobre la base de la actual situación jurídica en la India. Citando de nuevo al Grupo Especial del Superfondo, "la previsibilidad necesaria para planear el comercio futuro" no puede crearse con este sistema. Así pues, no puede conseguirse la seguridad y previsibilidad del sistema de comercio multilateral, que es una de las metas centrales del mecanismo de solución de diferencias”<sup>480</sup>.

---

<sup>479</sup> Informe del Grupo Especial encargado de examinar el asunto “India – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura”, contenido en documento de la Organización Mundial del Comercio WT/DS50/R, de 5 de septiembre de 1997, párrafo 3.2.

<sup>480</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.41.

Y concluye al respecto que “constatamos que la India no ha tomado las medidas necesarias para dar cumplimiento a sus obligaciones resultantes del apartado a) del párrafo 8 del artículo 70, por la falta de seguridad jurídica en cuanto a la condición de las solicitudes de patente de producto para los productos farmacéuticos y productos químicos agrícolas en el sistema que este país aplica en la actualidad”<sup>481</sup>.

→ **Respecto del párrafo 9 del artículo 70.**— El Grupo Especial señala que “Sobre la base de las reglas usuales de interpretación de los tratados, hemos llegado a la conclusión de que, en virtud de las disposiciones del párrafo 9 del artículo 70, debe haber un mecanismo dispuesto para otorgar derechos exclusivos de comercialización en cualquier momento posterior a la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC. La India sugiere que con este resultado se hace caso omiso de que en la realidad transcurrirán muchos años antes de que nadie esté en situación de solicitar los derechos exclusivos de comercialización previstos en el párrafo 9 del artículo 70. Sin embargo, aun cuando aceptemos que puede producirse algún retraso después del 1º de enero de 1995, no aceptamos que ese retraso se extienda hasta la fecha del establecimiento del presente Grupo Especial o que el resultado de nuestro anterior análisis deba modificarse. En virtud de las disposiciones del párrafo 9 del artículo 70 la India debe conceder derechos exclusivos de comercialización en cuanto un producto cumpla las siguientes condiciones: a) que se haya presentado en la India, por el sistema de presentación anticipada, una solicitud para un producto farmacéutico o producto químico para la agricultura; b) que para ese producto se haya presentado una solicitud de patente en otro Miembro de la OMC después del 1º de enero de 1995; c) que el otro Miembro haya concedido la patente; d) que el otro Miembro haya aprobado la comercialización del producto; y e) que la India haya aprobado la comercialización del producto”<sup>482</sup>.

En definitiva concluye que “constatamos que la India no ha cumplido sus obligaciones derivadas del párrafo 9 del artículo 70 ni ha hecho honor a las legítimas expectativas de sus interlocutores comerciales en tal sentido. Es obligación de los Miembros establecer un sistema para la concesión de derechos exclusivos de comercialización que esté

---

<sup>481</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.43.

<sup>482</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.60.



disponible en cualquier momento después de la entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC<sup>483</sup>.

**Órgano de Apelación.**– Luego del Informe del Grupo Especial, la India apeló ante el Órgano de Apelación<sup>484</sup>, el cual constató que el sistema no proporcionaba un "medio" por el que las solicitudes de patentes de esas invenciones pudieran presentarse con seguridad en el sentido del párrafo 8 a) del artículo 70, porque en teoría una solicitud de patente presentada con arreglo a las instrucciones administrativas podría ser rechazada por el tribunal al amparo de las disposiciones obligatorias contrarias de las leyes indias existentes: la Ley de Patentes de 1970. Asimismo, el Órgano de Apelación convino con el Grupo Especial en que no había en la India ningún mecanismo que permitiera otorgar derechos de comercialización exclusivos para los productos abarcados por el párrafo 8 a) del artículo 70, por lo cual se infringía el párrafo 9 del artículo 70.

**Aplicación de los Informes adoptados.**– En la reunión del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) celebrada el 22 de abril de 1998, las partes anunciaron que habían acordado un período de aplicación de 15 meses a partir de la fecha de adopción de los informes que expiró el 16 de abril de 1999. La India se comprometió a cumplir las recomendaciones del OSD dentro del período de aplicación.

En la reunión del OSD celebrada el 28 de abril de 1999, la India presentó su informe final de situación en el que se indicaba la aprobación de la legislación pertinente para dar aplicación a las recomendaciones y resoluciones del OSD.

**iii) Comunidades Europeas contra India: D.S. N°79, de 1997 (“India – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura”)**<sup>485</sup>.

---

<sup>483</sup> Informe del Grupo Especial, párrafo 7.63.

<sup>484</sup> Véase el documento de la Organización Mundial del Comercio WT/DS50/AB/R, de 19 de diciembre de 1997.

<sup>485</sup> Véase sitio [www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds79\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds79_s.htm) (visitado el 29 de agosto de 2011), para revisar historia completa de este caso.

Atendida la gran similitud de esta reclamación presentada por las Comunidades Europeas contra la India con la recién revisada D.S. N°50, entre Estados Unidos y la India –se invocan las mismas normas de incumplimiento, alegaciones e igual decisión final<sup>486</sup>– no se hará un repaso pormenorizado de ella.

Para fines de aún mayor ilustración, cabe mencionar que en la reunión del Órgano de Solución de Diferencias (OSD) celebrada el 28 de abril de 1999, la India presentó su informe final de situación relativo al asunto D.S. N°50 –que indicaba la aprobación de la legislación pertinente para dar aplicación a las recomendaciones y resoluciones del OSD–, para esta solución de diferencia (D.S. N°79), por aplicarse a ambas por igual.

**iv) Estados Unidos contra Argentina: D.S. N°171, de 1999 (“Argentina – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y protección de los datos de pruebas relativas a productos químicos para la agricultura”)<sup>487</sup>.**

La solicitud de celebración de consultas, a que da origen la reclamación presentada por los Estados Unidos ante el procedimiento de solución de diferencias de la OMC, el 6 de mayo de 1999, en contra del país demandado Argentina, se basa –en lo concerniente a los productos farmacéuticos– en su concepto, en la inexistencia en la Argentina de protección mediante patente de los productos farmacéuticos o de un régimen eficaz que conceda derechos exclusivos de comercialización de los mismos.

**Tema en discusión.**– Para Estados Unidos desde la fecha de entrada en vigor del Acuerdo sobre la OMC (1° de enero de 1995), la Argentina en su calidad de país en desarrollo cuya legislación nacional no contemplaba protección mediante patente de productos a los productos farmacéuticos, se encuentra obligada a establecer un sistema mediante el cual se concedan derechos exclusivos de comercialización de los productos que sean objeto de una solicitud de patente para ese tipo de invenciones, con sujeción a determinados requisitos que se mencionan. En su concepto, la legislación argentina no

---

<sup>486</sup> Véase el Informe del Grupo Especial encargado de examinar el asunto “India – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura”, documento de la Organización Mundial del Comercio WT/DS79/R, de 24 de agosto de 1998.

<sup>487</sup> Véase sitio [www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds171\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds171_s.htm) (visitado el 29 de agosto de 2011), para revisar historia completa de este caso.

prevé la protección mediante patente de productos para las invenciones en la esfera de los productos farmacéuticos, ni un sistema que se ajuste a lo dispuesto en el párrafo 9 del artículo 70 del Acuerdo sobre los ADPIC con respecto a la concesión de derechos exclusivos de comercialización, régimen legal que sería incompatible con las obligaciones contraídas por ese país en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC, especialmente, con sus artículos 27, 65 y 70<sup>488</sup>.

**Solución mutuamente convenida entre las partes.** Con fecha 31 de mayo de 2002, los Gobiernos de los Estados Unidos de América y de la República Argentina notifican al Órgano de Solución de Diferencias (OSD), que han llegado a un acuerdo sobre todas las cuestiones planteadas por el Gobierno de los Estados Unidos de América en el documento WT/DS171/1 (*“Argentina – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y protección de los datos de pruebas relativos a los productos químicos para la agricultura”*), de fecha 6 de mayo de 1999, así como también en el asunto planteado –tan solo un tiempo después– por Estados Unidos nuevamente contra la Argentina, en el documento WT/DS196/1 (*“Argentina – Determinadas medidas relativas a la protección de patentes y de los datos de pruebas”*).

A continuación se especifican los acuerdos incorporados en la solución mutua convenida entre ambas partes –en el ámbito de los productos farmacéuticos– que abarca todas las cuestiones planteadas en el D.S. N°171:

→ **Derechos exclusivos de comercialización.** En la solución acordada por ambas partes se conviene en la forma transcrita a continuación, que: “Los Gobiernos de los Estados Unidos de América y de la República Argentina han analizado el artículo 101, primer párrafo, de la Ley 24.481 y el artículo 101(III) del Decreto Reglamentario 260/96 y la práctica argentina a la luz de las disposiciones de los párrafos 8 y 9 del artículo 70 del Acuerdo sobre los ADPIC. De conformidad con este análisis, la República Argentina ha confirmado que de acuerdo con el artículo 101(III) del Decreto

---

<sup>488</sup> Véase la solicitud de celebración de consultas presentada por Estados Unidos en contra de la Argentina, en documento de la Organización Mundial del Comercio WT/DS171/1, de 6 de mayo de 1999 (Argentina - Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y protección de los datos de pruebas relativos a los productos químicos para la agricultura).

260/96, el INPI<sup>489</sup> deberá otorgar un derecho exclusivo a una parte para que comercialice un producto por un período de cinco años contados a partir de que la República Argentina apruebe la comercialización de ese producto o hasta que la patente de ese producto sea concedida o rechazada en Argentina, siempre que i) el producto sea objeto de una reivindicación en una solicitud de patente presentada en Argentina después del 1º de enero de 1995; ii) se haya concedido una patente para ese producto en otro Miembro de la OMC, y iii) se haya obtenido la aprobación de comercialización para ese producto en tal otro Miembro. Sobre esta base, los Gobiernos de Estados Unidos de América y de la República Argentina acuerdan que el artículo 101 de la Ley 24.481, leído en forma conjunta con el artículo 101(III) del Decreto Reglamentario 260/96, es consistente con la disposición del párrafo 9 del artículo 70 del Acuerdo sobre los ADPIC.<sup>490</sup>

→ **Patentamiento de Microorganismos y otra materia.** Se conviene que:

“Relacionado con las consultas referidas al patentamiento de:

- a) Microorganismos, *per se* (por ejemplo, levaduras, bacteria, organismos unicelulares);
- b) una composición que comprende como único elemento un microorganismo (por ejemplo un cultivo conteniendo levaduras, bacterias, etc.);
- c) un compuesto químico, *per se* (es decir, un compuesto químico que no esté en combinación con otros materiales);
- d) una composición conteniendo un compuesto químico que tendría una aplicación industrial distinta a su utilización como compuesto farmacéutico;
- e) un compuesto químico o una composición purificada conteniendo un compuesto químico en alguna de las siguientes categorías: I) un ácido nucleico comprendiendo una secuencia específica de nucleótidos (por ejemplo, una secuencia nucleótida); II) un péptido, polipéptido, o proteína (por ejemplo una secuencia de aminoácidos); III) un lípido; o IV) un polisacárido;
- f) un compuesto químico que tenga una estructura idéntica a un compuesto químico aislado de una planta, un animal, microorganismo o de otro origen natural;

---

<sup>489</sup> Instituto Nacional de Propiedad Industrial, de la Argentina.

<sup>490</sup> Notificación de la solución mutuamente aceptada entre Estados Unidos y Argentina, contenida en el documento de la Organización Mundial del Comercio WT/DS171/3, de fecha 20 de junio de 2002, párrafo 2.

- g) una composición purificada conteniendo un compuesto químico que tenga una estructura idéntica a un compuesto químico aislado de una planta, animal, microorganismo o de otro origen natural, de manera tal que la composición no sea idéntica a la composición que contiene el compuesto químico como pudiera ser encontrado en su estado natural; y
- h) un compuesto químico o una composición conteniendo ese compuesto donde la composición no tiene una aplicación predominantemente farmacéutica.

Los Gobiernos de los Estados Unidos de América y de la República Argentina han analizado la legislación y la práctica argentina a la luz de las disposiciones del apartado b) del párrafo 3 del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC. De conformidad con este análisis, el Gobierno de la República Argentina ha elaborado y publicado guidelines acerca de su práctica de patentamiento en materia de microorganismos en la Resolución del INPI N° 633/2001 (Boletín Oficial de fecha 22 de octubre de 2001).”<sup>491</sup>.

→ **Patentes transitorias.**— En relación con esta materia convienen que:

“(a) Párrafo 4 del artículo 70 del Acuerdo sobre los ADPIC

Los Gobiernos de los Estados Unidos de América y de la República Argentina expresaron sus respectivos puntos de vista acerca de lo dispuesto en el párrafo 4 del artículo 70 del Acuerdo sobre los ADPIC y han examinado la legislación argentina a la luz de esta disposición, en particular el párrafo 3 del artículo 101 la Ley 24.481 y el artículo 101(II) del Decreto Reglamentario 260/96. De conformidad con este análisis, Argentina ha confirmado que, el artículo 101, párrafo 3 de la Ley 24.481, solamente puede ser leído en forma conjunta con lo establecido por el artículo 101(II) del Decreto 260/96, que establece que únicamente terceras partes que hayan realizado inversiones en función del uso de una patente de invención con anterioridad al 1º de enero de 1995, podrán continuar haciendo uso de las invenciones previo pago de una retribución justa y razonable al titular de la patente. Sobre esta base, la República Argentina y los Estados Unidos de América concuerdan en que el párrafo 3 del artículo 101 de la Ley 24.481, el cual sólo puede ser leído en conjunto con el artículo 101(II) del Decreto 260/96, es

---

<sup>491</sup> Documento de la Organización Mundial del Comercio WT/DS171/3, párrafo 7.

consistente con las obligaciones de la República Argentina bajo el párrafo 4 del artículo 70 del Acuerdo sobre los ADPIC.

(b) Párrafo 7 del artículo 70 del Acuerdo sobre los ADPIC

Los Gobiernos de los Estados Unidos de América y de la República Argentina acuerdan que la Argentina dará cumplimiento a sus obligaciones OMC en esta materia mediante su sistema y prácticas jurídicos, incluyendo las sentencias de la Corte Suprema de Justicia.<sup>492</sup>.

**v) Estados Unidos contra Argentina: D.S. N°196, de 2000 (“Argentina – Determinadas medidas relativas a la protección de patentes y de los datos de pruebas”)**<sup>493</sup>.

La solicitud de celebración de consultas, se basa en la reclamación presentada por los Estados Unidos ante el procedimiento de solución de diferencias de la OMC, el 30 de mayo de 2000, en contra del país demandado Argentina, constituyendo un procedimiento posterior diferente del analizado en el numeral iv) precedente, en el que se establecen antecedentes que en su opinión también constituyen infracciones de la Argentina del Acuerdo sobre los ADPIC y se complementan otros ya aludidos en el D.S. N°171.

**Tema en discusión**<sup>494</sup>.– Los Estados Unidos consideran que los regímenes jurídicos de la Argentina que regulan la protección de las patentes y los datos son incompatibles con las obligaciones de la Argentina en el marco del Acuerdo sobre los ADPIC, incluidos los artículos 27, 28, 31, 34, 39, 50, 62, 65 y 70 del Acuerdo, de manera que concretamente la Argentina no protege: contra el uso comercial desleal de datos de pruebas u otros datos no divulgados, sometidos como requisito para la aprobación de comercialización de productos farmacéuticos o de productos químicos agrícolas;

---

<sup>492</sup> Documento de la Organización Mundial del Comercio WT/DS171/3, párrafo 8.

<sup>493</sup> Véase sitio [www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds196\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds196_s.htm) (visitado el 29 de agosto de 2011), para revisar historia completa de este caso.

<sup>494</sup> Véase la solicitud de celebración de consultas presentada por Estados Unidos en contra de la Argentina, en documento de la Organización Mundial del Comercio WT/DS196/1, de 6 de junio de 2000 (“Argentina – Determinadas medidas relativas a la protección de patentes y de los datos de pruebas”).

excluye indebidamente algunas materias, incluidos los microorganismos, de la patentabilidad; no prevé la adopción de medidas provisionales rápidas y eficaces, tales como mandamientos judiciales preliminares, a efectos de impedir las infracciones de los derechos de patente; niega determinados derechos de patente exclusivos, como la protección de productos producidos mediante procedimientos patentados y el derecho de importación; no prevé salvaguardias para la concesión de licencias obligatorias, incluidas salvaguardias de oportunidad y justificación para la concesión de licencias obligatorias sobre la base de una explotación insuficiente; limita indebidamente la autoridad de su poder judicial de trasladar la carga de la prueba en los procedimientos civiles referentes a infracciones de los derechos de patentes de procedimiento; y impone limitaciones inadmisibles a determinadas patentes provisionales a fin de limitar los derechos exclusivos que confieren esas patentes, y negar la oportunidad a los titulares de las patentes de modificar las solicitudes pendientes para reivindicar la protección mayor prevista en el Acuerdo sobre los ADPIC.

**Solución mutuamente convenida entre las partes.** Con fecha 31 de mayo de 2002, los Gobiernos de los Estados Unidos de América y de la República Argentina notifican al Órgano de Solución de Diferencias (OSD), que han llegado a un acuerdo sobre todas las cuestiones planteadas por el Gobierno de los Estados Unidos de América en el documento WT/DS196/1 (*“Argentina – Determinadas medidas relativas a la protección de patentes y de los datos de pruebas”*) así como también en el asunto planteado –tan solo un tiempo antes– por Estados Unidos contra la Argentina en el documento WT/DS171/1 (*“Argentina – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y protección de los datos de pruebas relativos a los productos químicos para la agricultura”*).

A continuación se especifican los acuerdos incorporados en la solución mutua convenida entre ambas partes que abarca las cuestiones planteadas en el D.S. N°196:

→ **Licencias obligatorias.**– Se conviene, según se transcribe a continuación, que: “Los Gobiernos de los Estados Unidos de América y de la República Argentina han analizado la normativa argentina y su reglamentación, en particular, el artículo 44 de la Ley de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad 24.481, modificada por la Ley 24.572

(Ley 24.481) y el artículo 44 del Decreto Reglamentario de dicha norma, Anexo II, 20 de marzo de 1996 (Decreto 260/96) a la luz de lo contemplado en el artículo 31 k) del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (Acuerdo sobre los ADPIC). De conformidad con este análisis, Argentina ha confirmado que si se comprobara la existencia de las situaciones que, en el artículo 44 de la Ley 24.481, están contempladas como prácticas "anticompetitivas", tal situación no implicaría en y por sí misma la determinación automática de que el titular de una patente estaría incurriendo en una práctica "anticompetitiva". De conformidad con el artículo 44 del Decreto 260/96, a fin de justificar la concesión por parte del INPI de una licencia obligatoria bajo su autoridad, cuando se establezca alguna de las situaciones referidas, una decisión debe haber sido dictada previamente por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (o la que la reemplace en el futuro) examinando la práctica en cuestión con base en la Ley 25.156 (Ley de Defensa de la Competencia). De acuerdo con esta ley, la existencia de un abuso de posición dominante de mercado debe ser establecida para que una práctica sea considerada "anticompetitiva". Sobre esta base, los Gobiernos de los Estados Unidos de América y de la República Argentina acuerdan que, el artículo 44 de la Ley 24.481 leído conjuntamente con el artículo 44 del Decreto 260/96, es consistente con las obligaciones de la República Argentina bajo el artículo 31 k) del Acuerdo sobre los ADPIC y que la Argentina no deberá conceder licencias obligatorias en base a una determinación de prácticas anticompetitivas excepto en las situaciones consistentes con estas disposiciones.”<sup>495</sup>.

→ **Restricción a las importaciones.**— Se conviene al respecto que: “Los Gobiernos de los Estados Unidos de América y de la República Argentina han analizado los artículos 36 c) de la Ley 24.481 y 36 del Decreto Reglamentario 260/96 a la luz del artículo 6 y del párrafo 1 del artículo 28 del Acuerdo sobre los ADPIC. De conformidad con este análisis, Argentina ha confirmado que, de acuerdo con sus normas y reglamentaciones, el titular de una patente otorgada en Argentina tendrá el derecho de impedir que terceros que no tengan su consentimiento realicen actos de fabricación, uso, oferta para la venta, venta o importación del producto patentado en el territorio de Argentina. Sin embargo, un licenciatario voluntario en Argentina autorizado por el titular de la patente puede importar el producto patentado si prueba que el producto ha sido puesto en el mercado

---

<sup>495</sup> Documento de la Organización Mundial del Comercio WT/DS196/1, párrafo 1.



en un país extranjero por el titular de la patente argentina o por un tercero autorizado a comercializarlo. Sobre esta base, Argentina y Estados Unidos de América acuerdan que el artículo 36 c) de la Ley 24.481, leído en conjunto con el artículo 36 del Decreto 260/96, es consistente con las obligaciones de Argentina bajo el Acuerdo sobre los ADPIC.<sup>496</sup>

→ **Extensión de la protección del procedimiento al producto.**– Se establece que: “Los Gobiernos de los Estados Unidos de América y de la República Argentina han analizado el artículo 8 b) de la Ley 24.481 a la luz de lo contemplado en el apartado b) del párrafo 1 del artículo 28 del Acuerdo sobre los ADPIC. De conformidad con este análisis, el Gobierno de la República Argentina presentará un proyecto de ley al Congreso de la Nación con una propuesta de modificación del actual texto del artículo 8 b) de la Ley 24.481 en los siguientes términos:

*"b) cuando la materia de la patente sea un procedimiento, el titular de una patente de procedimiento tendrá derecho de impedir que terceros, sin su consentimiento, realicen el acto de utilización del procedimiento y los actos de: uso, oferta para la venta, venta o importación para estos fines del producto obtenido directamente por medio de dicho procedimiento".<sup>497</sup>*

→ **Inversión de la Carga de la Prueba en Casos de Procedimientos por Infracción de Patentes.**– Se establece que: “Los Gobiernos de los Estados Unidos de América y de Argentina han analizado las disposiciones argentinas a la luz de lo prescrito en el artículo 34 del Acuerdo sobre los ADPIC. De conformidad con este análisis, el Gobierno de la República Argentina presentará un proyecto de ley al Congreso de la Nación conteniendo una propuesta de modificación del artículo 88 de la Ley 24.481 en los siguientes términos:

*"Reemplázase el actual artículo 88 por el siguiente: 1. A los efectos de los procedimientos civiles, cuando el objeto de la patente sea un*

---

<sup>496</sup> Documento de la Organización Mundial del Comercio WT/DS196/1, párrafo 3.

<sup>497</sup> Documento de la Organización Mundial del Comercio WT/DS196/1, párrafo 4.

*procedimiento para obtener un producto, los jueces ordenarán que el demandado pruebe que el procedimiento que utiliza para obtener el producto es diferente del procedimiento patentado.*

2. *No obstante, los jueces estarán facultados para ordenar que el demandante pruebe que el procedimiento que el demandado utiliza para la obtención del producto, infringe la patente de procedimiento en el caso de que el producto obtenido como resultado del procedimiento patentado no sea nuevo. Salvo prueba en contrario, se presumirá que el producto obtenido por el procedimiento patentado no es nuevo si el demandado o un perito nombrado por el juez a solicitud del demandado puede demostrar la existencia en el mercado, al tiempo de la presunta infracción, de un producto idéntico al producto obtenido como resultado de la patente de procedimiento pero no en infracción originado de una fuente distinta al titular de la patente o del demandado.*

3. *En la presentación de prueba bajo este artículo, se tendrán en cuenta los legítimos intereses de los demandados en cuanto a la protección de sus secretos industriales y comerciales."*<sup>498</sup>.

→ **Medidas Cautelares.**— Ambas partes convienen que: “Los Gobiernos de los Estados Unidos de América y de la República Argentina han analizado la legislación argentina a la luz de las disposiciones del artículo 50 del Acuerdo sobre los ADPIC. De conformidad con este análisis, el Gobierno de la República Argentina presentará un proyecto de ley al Congreso de la Nación con el siguiente texto a incorporar al actual artículo 83 de la Ley 24.481:

*"Los jueces podrán ordenar medidas cautelares en relación con una patente concedida de conformidad con los artículos 30, 31 y 32 de la ley, para:*

- 1) evitar se produzca la infracción de la patente y, en particular, para evitar que las mercancías ingresen en los circuitos comerciales, inclusive las mercancías*

---

<sup>498</sup> Documento de la Organización Mundial del Comercio WT/DS196/1, párrafo 5.

*importadas, inmediatamente después del despacho de aduana;*

- 2) *preservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta infracción,*

*siempre que en cualquiera de estos casos se verifiquen las siguientes condiciones: a) exista una razonable probabilidad de que la patente, si fuera impugnada de nulidad por el demandado, sea declarada válida; b) se acredite sumariamente que cualquier retraso en conceder tales medidas causará un daño irreparable al titular; c) el daño que puede ser causado al titular excede el daño que el presunto infractor sufrirá en caso de que la medida sea erróneamente concedida; y d) exista una probabilidad razonable de que se infrinja la patente.*

*Cumplidas las condiciones precedentes, en casos excepcionales, tales como cuando haya un riesgo demostrable de destrucción de pruebas, los jueces podrán otorgar esas medidas inaudita altera parte.*

*En todos los casos, previamente a conceder la medida, el juez requerirá que un perito designado de oficio se expida sobre los puntos a) y d) en un plazo máximo de quince días.*

*En el caso de otorgamiento de alguna de las medidas previstas en este artículo, los jueces ordenarán al solicitante que aporte una fianza o garantía equivalente que sea suficiente para proteger al demandado y evitar abusos."*

De conformidad con el anterior análisis, el Gobierno de la República Argentina presentará un proyecto de ley al Congreso de la Nación con el siguiente texto a los fines de modificar el artículo 87 de la Ley de Patentes, el que leerá como sigue:

*"En los casos en los cuales no se hayan otorgado las medidas cautelares de conformidad con el artículo 83 de la Ley, el demandante podrá exigir caución al demandado para no interrumpirlo en la explotación del invento, en caso que éste quisiera seguir adelante con ella.".*<sup>499</sup>.

---

<sup>499</sup> Documento de la Organización Mundial del Comercio WT/DS196/1, párrafo 6.

#### **4.2.1.4.1.3. Prórroga de duración de patentes para medicamentos.**

**vi) Canadá contra Comunidades Europeas: D.S. N°153, de 1998 (“Comunidades Europeas – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura”)**<sup>500</sup>.

La solicitud de celebración de consultas, a que da origen la reclamación presentada por el Canadá ante el procedimiento de solución de diferencias de la OMC, el 2 de diciembre de 1998, en contra del demandado las Comunidades Europeas, se basa en que de acuerdo a Canadá, determinadas reglamentos de la legislación de las Comunidades Europeas concerniente específicamente a la protección de las invenciones en la esfera de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura, contravienen las obligaciones dimanantes del Acuerdo sobre los ADPIC.

**Tema en discusión**<sup>501</sup>.– En efecto, Canadá considera que la legislación de las Comunidades Europeas –en particular el Reglamento (CEE) N° 1768/92<sup>502</sup> del Consejo y el Reglamento (CE) N° 1610/96<sup>503</sup> del Parlamento Europeo y el Consejo– son incompatibles con la obligación de las Comunidades Europeas y sus Estados miembros de no establecer discriminación en función del campo de la tecnología (establecida en el párrafo 1 del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC), habida cuenta de que dichos reglamentos –mediante los cuales se había elaborado un sistema de prórroga de la duración de la patente–, sólo son aplicables a los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura.

---

<sup>500</sup> Véase sitio [www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds153\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds153_s.htm) (visitado el 29 de agosto de 2011), para revisar historia completa de este caso.

<sup>501</sup> Véase la solicitud de celebración de consultas presentada por Canadá en contra de las Comunidades Europeas, en documento de la Organización Mundial del Comercio WT/DS153/1, de 7 de diciembre de 1998 (“Comunidades Europeas – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura”).

<sup>502</sup> Reglamento (CEE) N° 1768/92, del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativo a la creación de un certificado complementario de protección para los medicamentos (DO N° L 182 de 2. 7. 1992, p. 1). Debido a que había sido modificado en diversas ocasiones y de forma sustancial, se procedió a su codificación y derogación mediante el actualmente vigente Reglamento (CE) N°469/2009, de 6 de mayo de 2009, del Parlamento Europeo y del Consejo.

<sup>503</sup> Reglamento (CE) N° 1610/96, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 1996, por el que se crea un certificado complementario de protección para los productos fitosanitarios (DO L 198, de 8 de agosto de 1996, p. 30).

**Situación actual.**– Este procedimiento no ha avanzado de la fase de celebración de consultas solicitada por el reclamante Canadá, toda vez que no se ha establecido un grupo especial de solución de diferencias que se encargue de su análisis y resolución, y tampoco se ha notificado la supresión de las medidas ni una solución mutuamente convenida por ambas partes.

**Reglamento (CEE) de creación de un certificado complementario de protección para los medicamentos.**– De ambos Reglamentos, el primero de 1992, es el que guarda mayor relación e incidencia con nuestra tesis por tratarse directamente de medicamentos, y que amplía la duración de su protección mediante patente, a través de un certificado complementario de protección.

El Reglamento (CEE) N° 1768/92, del Consejo, de 18 de junio de 1992 –actual Reglamento (CE) N°469/2009– relativo a la creación de un certificado complementario de protección para los medicamentos, establece en su preámbulo que “los medicamentos, y en particular los obtenidos tras una investigación larga y costosa, sólo seguirán desarrollándose en la Comunidad y en Europa si están amparados por una normativa favorable que disponga una protección suficiente para fomentar tal investigación”.

De acuerdo con aquél preámbulo, se argumenta que “es necesario crear un certificado complementario de protección para los medicamentos cuya comercialización haya sido autorizada y que pueda ser obtenido por el titular de una patente nacional o europea, en las mismas condiciones en cada Estado miembro”; referido al tiempo de aplicación considera “que la duración de protección conferida por el certificado debe determinarse de tal manera que proporcione al medicamento una protección efectiva suficiente; que, a tal fin, el titular a la vez de una patente y de un certificado debe poder disfrutar, en total, de quince años de exclusividad como máximo a partir de la primera autorización de comercialización en la Comunidad del medicamento en cuestión”; teniendo como límite máximo que “el certificado no podría expedirse por un período superior a cinco años”.

La duración del certificado está tratado en el artículo 13 y esta reglamentación incluye la “solicitud de prórroga”<sup>504</sup> de un certificado ya concedido en aplicación del artículo 13, apartado 3, del presente Reglamento y del artículo 36 del Reglamento (CE) N° 1901/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre medicamentos para uso pediátrico.

#### **4.2.1.4.1.4. Concesión de licencia obligatoria o uso por el Gobierno.**

**vii) Estados Unidos contra Brasil: D.S. N°199, de 2000 (“Brasil – Medidas que afectan a la protección mediante patente”)<sup>505</sup>.**

La solicitud de celebración de consultas, a que da origen la reclamación presentada por los Estados Unidos ante el procedimiento de solución de diferencias de la OMC, el 30 de mayo de 2000, en contra del demandado Brasil, se basa en las disposiciones de la Ley de Propiedad Industrial de 1996 del Brasil y otras medidas conexas. Normas que establecen un requisito de “explotación local” para el disfrute de derechos exclusivos de patente, que sólo podría cumplirse mediante la producción nacional, y no la importación de la materia patentada, siendo objeto de una licencia obligatoria si no se “explota” en el territorio del Brasil.

**Tema en discusión.**– Para Estados Unidos<sup>506</sup> la Ley de Propiedad Industrial de 1996 del Brasil (Ley N° 9.279 de 14 de mayo de 1996, que entró en vigor en mayo de 1997) y otras medidas conexas, estipula que una patente será objeto de licencia obligatoria si la materia de la patente no se “explota” en el territorio del Brasil, tras lo cual define explícitamente “la falta de explotación” como “la no fabricación del producto o su fabricación incompleta” o “la no utilización del procedimiento patentado de manera plena”. Para los Estados Unidos dicho requisito es incompatible con las obligaciones del Brasil en virtud de los artículos 27 y 28 del Acuerdo sobre los ADPIC y del artículo III

---

<sup>504</sup> Definido en artículo 1° letra e) del Reglamento (CE) N°469/2009, de 6 de mayo de 2009, del Parlamento Europeo y del Consejo.

<sup>505</sup> Véase sitio [www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds199\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds199_s.htm) (visitado el 29 de agosto de 2011), para revisar historia completa de este caso.

<sup>506</sup> Véase la solicitud de celebración de consultas presentada por los Estados Unidos en contra del Brasil, en documento de la Organización Mundial del Comercio WT/DS199/1, de 8 de junio de 2000 (“Brasil – Medidas que afectan a la protección mediante patente”).

del GATT de 1994. Para Brasil, la disposición cuya interpretación se pone en cuestión – el artículo 68 de su Ley de Propiedad Industrial–, es por el contrario plenamente compatible con el Acuerdo sobre los ADPIC<sup>507</sup>.

**Solución mutuamente convenida entre las partes.** Con fecha 5 de julio de 2001, los Gobiernos de los Estados Unidos de América y del Brasil notifican al Órgano de Solución de Diferencias (OSD), que han llegado a una solución mutuamente satisfactoria sobre la cuestión planteada por el Gobierno de los Estados Unidos de América en el documento WT/DS199/1 (“Brasil – Medidas que afectan a la protección mediante patente”), de fecha 8 de junio de 2000.

A continuación se especifica lo sustancial del texto del acuerdo incorporado en la solución mutua convenida entre ambas partes en el D.S. N°199, que ilustra con bastante claridad los diferentes intereses en pugna y en lo que atañe a nuestra tesis, su incidencia en la lucha contra las enfermedades infecciosas:

→ **Carta del Sr. José Alfredo Graça Lima**, Subsecretario General de Integración, Asuntos Económicos y Comercio Exterior, al Embajador Peter Allgeier, Representante Adjunto de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales, de fecha 19 de junio de 2001:

“Si los Estados Unidos no mantienen el Grupo Especial de la OMC establecido contra el Brasil en relación con la interpretación del artículo 68, el Gobierno del Brasil, en caso de que considerase necesario aplicar el artículo 68 para conceder una licencia obligatoria con respecto a las patentes de empresas de los Estados Unidos, aceptaría celebrar conversaciones previas sobre el asunto con el Gobierno de los Estados Unidos. Estas conversaciones tendrían lugar, en el marco del Mecanismo Consultivo de los Estados Unidos y el Brasil, en una reunión extraordinaria convocada para debatir el tema”<sup>508</sup>.

---

<sup>507</sup> Véase el numeral 1 de la carta del Sr. José Alfredo Graça Lima, Subsecretario General de Integración, Asuntos Económicos y Comercio Exterior, del Brasil, al Embajador Peter Allgeier, Representante Adjunto de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales, de fecha 19 de junio de 2001, que es incorporada en el texto de la solución mutuamente convenida entre ambos países.

<sup>508</sup> Numeral 3 de la carta del representante Brasileño incorporada en el texto de solución.

→ **Carta del Sr. Peter F. Allgeier**, Oficina Ejecutiva del Presidente, Representante Adjunto de los Estados Unidos para las Cuestiones Comerciales al Sr. José Alfredo Graça Lima, Subsecretario General de Integración, Asuntos Económicos y Comercio Exterior, Ministerio de Asuntos Exteriores, Brasil, de fecha 25 de junio de 2001:

“Me complace informarle de que el Gobierno de mi país está de acuerdo en poner fin al procedimiento del Grupo Especial de la OMC, sin perjuicio de la interpretación del artículo 68, en la inteligencia de que el Gobierno de su país se compromete a celebrar conversaciones previas con los Estados Unidos, con un preaviso suficiente para que pueda haber deliberaciones constructivas en el marco de una reunión extraordinaria del Mecanismo Consultivo de los Estados Unidos y el Brasil, si el Brasil considerase necesario aplicar el artículo 68 para conceder una licencia obligatoria con respecto a las patentes de empresas de los Estados Unidos. Aunque estábamos realmente preocupados por el posible uso del artículo 68 de la Ley de Propiedad Industrial del Brasil, constatamos que esta disposición no se ha utilizado nunca para conceder una licencia obligatoria.

[...]

Como señaló el Embajador Zoellick en su reunión con el Ministro Lafer, la inquietud de los Estados Unidos nunca tuvo nada que ver con el decidido y eficaz programa del Gobierno de su país para combatir el virus VIH/SIDA. Nuestra capacidad para encontrar una solución mutuamente satisfactoria de esta diferencia planteada en el marco de la OMC nos permitirá encauzar nuestra conversación sobre esta plaga hacia nuestro objetivo común de vencer al virus VIH/SIDA”<sup>509</sup>.

#### **4.2.1.4.1.5. Confiscación de medicamentos genéricos.**

**viii) India contra Unión Europea y Países Bajos: D.S. N°408, de 2010 (“Unión Europea y un Estado Miembro – Confiscación de medicamentos genéricos en tránsito”)**<sup>510</sup>.

---

<sup>509</sup> Carta del representante de los Estados Unidos incorporada en el texto de solución.

<sup>510</sup> Véase sitio [www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds408\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds408_s.htm) (visitado el 29 de agosto de 2011), para revisar historia completa de este caso.



La solicitud de celebración de consultas, a que da origen la reclamación presentada por la India ante el procedimiento de solución de diferencias de la OMC, el 11 de mayo de 2010, en contra del demandado Unión Europea y Países Bajos, se basa en las reiteradas confiscaciones que han sido objeto sus despachos de medicamentos genéricos originarios de la India por motivos de infracción de patentes en puertos y aeropuertos de los Países Bajos, cuando se encontraban en tránsito con destino a terceros países, en contravención a diversos artículos del Acuerdo sobre los ADPIC, así como también del GATT.

**Tema en discusión.**— Para la India<sup>511</sup> las confiscaciones que ha sufrido –al menos 19 envíos de medicamentos genéricos en 2008 y 2009 mientras se encontraban en tránsito por los Países Bajos, 16 de los cuales eran originarios de la India y que en el anexo incorporado a la solicitud de celebración de consultas se exponen detalles sobre algunas de ellas<sup>512</sup>– se basan en reclamaciones de supuesta infracción presentadas por supuestos titulares de patentes a lo largo de los últimos años, aplicando la denominada "ficción de la fabricación", así como la realización y práctica reiteradas de confiscar medicamentos genéricos en tránsito tomando como base la supuesta infracción de patentes que autorizan o exigen la confiscación o destrucción de medicamentos en tránsito.

---

<sup>511</sup> Véase la solicitud de celebración de consultas presentada por la India contra la Unión Europea y los Países Bajos, en documento de la Organización Mundial del Comercio WT/DS408/1, de 11 de mayo de 2010 ("Unión Europea y un Estado Miembro – Confiscación de medicamentos genéricos en tránsito").

<sup>512</sup> Anexo a la solicitud de celebración de consultas se individualizan las siguientes confiscaciones por la Aduana neerlandesa de productos farmacéuticos originarios de la India durante su tránsito por los Países Bajos: **1.** Confiscación en octubre de 2008 en el aeropuerto de Schiphol (Países Bajos) de un envío de *clopidogrel* procedente de la India destinado a Colombia, basándose en la infracción de una o más patentes que supuestamente son válidas y pueden hacerse valer en los Países Bajos y cuya titularidad o licencia corresponden a *Sanofi-Aventis*. **2.** Confiscación en noviembre de 2008 en el aeropuerto de Schiphol (Países Bajos) de un envío de *abacavir* procedente de la India, adquirido en nombre de UNITAID y destinado a Nigeria, basándose en la infracción de una o más patentes que supuestamente son válidas y pueden hacerse valer en los Países Bajos y cuya titularidad o licencia corresponden a *Glaxo*. **3.** Confiscación en noviembre de 2008 en el aeropuerto de Schiphol (Países Bajos) de un envío de *olanzapina* procedente de la India y destinado al Perú, basándose en la infracción de una o más patentes que supuestamente son válidas y pueden hacerse valer en los Países Bajos y cuya titularidad o licencia corresponden a *Eli Lilly & Co.* **4.** Confiscación en noviembre de 2008 en el aeropuerto de Schiphol (Países Bajos) de un envío de *rivastigmina* procedente de la India y destinado al Perú, basándose en la infracción de una o más patentes que supuestamente son válidas y pueden hacerse valer en los Países Bajos y cuya titularidad o licencia corresponden a *Novartis AG*. **5.** Confiscación en diciembre de 2008 en el aeropuerto de Schiphol (Países Bajos) de un envío de *losartán* procedente de la India y destinado al Brasil, basándose en la infracción de una o más patentes que supuestamente son válidas y pueden hacerse valer en los Países Bajos y cuya titularidad o licencia corresponden a *E.I. Du Pont de Nemours y Co. Inc.*, *Merck & Co. Inc.* y *Merck Sharp & Dohme B.V.*

En virtud de la “ficción de la fabricación”, medicamentos genéricos fabricados realmente en la India y en tránsito a terceros países fueron tratados como si se hubieran fabricado en los Países Bajos, siendo retenidos inicialmente y más tarde destruidos o devueltos a la India y, sólo en unos pocos casos, se permitió que los envíos siguieran su camino hasta el país de destino después de considerables demoras. Asimismo, la supuesta infracción de patentes respecto de medicamentos genéricos en tránsito también se fundan en determinadas disposiciones de leyes, normas, reglamentos, directrices y prácticas administrativas de la UE y de los Países Bajos<sup>513</sup>, que se individualizan en la reclamación.

Además, la India considera “que las medidas en litigio también tienen una repercusión desfavorable grave en la capacidad de los países en desarrollo y países menos adelantados Miembros de la Organización Mundial del Comercio para proteger la salud pública y dar acceso a los medicamentos para todos” y que, “en consecuencia, las disposiciones del Acuerdo sobre los ADPIC antes mencionadas se deben interpretar y aplicar teniendo en cuenta los objetivos y principios enunciados en los artículos 7 y 8 del Acuerdo sobre los ADPIC, la Declaración Ministerial de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública adoptada el 14 de noviembre de 2001 y a la luz del párrafo 1 del artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

---

<sup>513</sup> a) el Reglamento (CE) N° 1383/2003 del Consejo, de 22 de julio de 2003; b) el Reglamento (CE) N° 1891/2004 de la Comisión, de 21 de octubre de 2004; c) el Reglamento (CEE) N° 2913/92 del Consejo, de 12 de octubre de 1992; d) la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004; e) el Reglamento (CE) N° 816/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006; f) las disposiciones pertinentes de la Ley de Patentes del Reino de los Países Bajos de 1995 (Rijksoctrooiwet 1995) (la "Ley de Patentes"), modificada, con inclusión, sin ninguna limitación, de las disposiciones de su capítulo IV, en especial los artículos 53 y 79, y las normas, reglamentos, directrices y prácticas administrativas pertinentes; g) las disposiciones pertinentes de la Ley General de Aduanas de los Países Bajos (de Algemene douanewet (Adw)) (la "Ley de Aduanas"), modificada, con inclusión, sin ninguna limitación, de los artículos 5 y 11, y las normas, reglamentos, directrices y prácticas administrativas pertinentes; h) el Manual de aduanas VGEM (30.05.00 Derechos de Propiedad Intelectual, versión 3.1) (Douane Handboek VGEM, 30.05.00 Intellectuele eigendomsrechten, 6 April 2009, Versie 3.1) con inclusión, sin ninguna limitación, de las disposiciones del capítulo 6 y de otros capítulos pertinentes; i) la Guía sobre fraude de la propiedad intelectual 20005A022, de la Oficina del Fiscal General, de 1° de febrero de 2006 (Aanwijzing intellectuele eigendomsfraude 2005A022) y la Directiva (2005R013) de la Oficina del Fiscal General; j) las disposiciones pertinentes del Código Penal de los Países Bajos (Het Nederlandse Wetboek van Strafrecht) con inclusión, sin ninguna limitación, de las disposiciones del artículo 337, y las normas, reglamentos, directrices y prácticas administrativas pertinentes; k) las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Penal de los Países Bajos y las normas, reglamentos, directrices y prácticas administrativas pertinentes.

**Incompatibilidad de medidas en litigio con Acuerdo sobre los ADPIC y GATT.**— La

India considera que las medidas en litigio son incompatibles con las obligaciones que corresponden a la UE y a los Países Bajos en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC así como también de disposiciones del GATT de 1994, según se indica en cada caso:

→ los párrafos 2, 3, 4, 5 y 7 del artículo V del GATT de 1994 porque las medidas en litigio son, entre otras cosas, no razonables, discriminatorias y obstaculizan la libertad de tránsito de medicamentos genéricos lícitamente fabricados en la India y exportados desde este país por las rutas más convenientes para el tránsito internacional, y le imponen demoras y restricciones innecesarias.

→ el artículo X del GATT de 1994, con inclusión, sin ninguna limitación, de su párrafo 3, porque las medidas en litigio, entre otras cosas, no se aplican de manera uniforme, imparcial y razonable;

→ el artículo 28 leído conjuntamente con el artículo 2 del Acuerdo sobre los ADPIC, el artículo 4bis del Convenio de París de 1967 y la última oración del párrafo 6 i) de la Decisión del Consejo General de 30 de agosto de 2003 sobre la Aplicación del párrafo 6 de la Declaración de Doha relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública (la "Decisión de 30 de agosto de 2003") porque una lectura conjunta de estas disposiciones confirma, entre otras cosas, que los derechos conferidos al titular de una patente no pueden ampliarse para obstaculizar la libertad de tránsito de medicamentos genéricos fabricados lícitamente en la India y exportados desde este país;

→ los artículo 41 y 42 del Acuerdo sobre los ADPIC porque las medidas en litigio, entre otras cosas, crean obstáculos al comercio legítimo, permiten abusar de los derechos conferidos al titular de una patente, son injustas y no equitativas, innecesariamente gravosas y complicadas y crean retrasos innecesarios; y

→ el artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC leído conjuntamente con las disposiciones de la Decisión de 30 de agosto de 2003 porque las medidas en litigio, entre otras cosas, permiten obstaculizar la libertad de tránsito de medicamentos que se pueden producir en la India y exportarse desde este país a Miembros de la Organización

Mundial del Comercio con capacidad insuficiente o inexistente en el sector farmacéutico que tratan de obtener suministros de esos productos necesarios para hacer frente a sus problemas de salud pública haciendo un uso efectivo de las licencias obligatorias.

**Situación actual ante OSD.**– El próximo paso en este procedimiento que ha adquirido gran relevancia atendidos los intereses en disputa, incluido por cierto la necesidad de proteger la salud pública y dar acceso a los medicamentos, debiera ser la constitución de un Grupo Especial que emita un Informe y resolución en la materia, toda vez que no se ha notificado la adopción de una solución mutuamente convenida.

El gran interés que ha generado esta consulta, se manifiesta en que Brasil, Canadá, China, Ecuador, Japón y Turquía, se asociaron a las mismas una vez que fuera aceptada la solicitud de asociación de dichos países por la Unión Europea<sup>514</sup>, en conformidad con lo dispuesto en el párrafo 11 del artículo 4 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias.

Para que un Miembro de la OMC se asocie en las consultas es preciso que el Miembro al que se haya dirigido la petición de celebración de consultas –en este caso la Unión Europea– acepte que la reivindicación del interés sustancial está bien fundada, lo que acaeció en los 6 casos presentados, lo que demuestra la expectación y trascendencia de este caso.

**ix) Brasil contra Unión Europea y Países Bajos: D.S. N°409, de 2010 (“Unión Europea y un Estado Miembro – Confiscación de medicamentos genéricos en tránsito”)**<sup>515</sup>.

La solicitud de celebración de consultas, a que da origen la reclamación presentada por el Brasil ante el procedimiento de solución de diferencias de la OMC, el 12 de mayo de 2010, en contra del demandado Unión Europea y Países Bajos, se basa en las reiteradas

---

<sup>514</sup> Véase el documento de la Organización Mundial del Comercio WT/DS408/8, de fecha 18 de junio de 2010.

<sup>515</sup> Véase sitio [www.wto.org/spanish/tratop\\_s/dispu\\_s/cases\\_s/ds409\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/dispu_s/cases_s/ds409_s.htm) (visitado 29 de agosto de 2011), para revisar historia completa de este caso.

confiscaciones por motivos de infracción de patentes de medicamentos genéricos originarios de la India y otros terceros países pero en tránsito por puertos y aeropuertos de los Países Bajos hacia el Brasil y otros terceros países, en contravención a diversos artículos del Acuerdo sobre los ADPIC, así como también del GATT.

En este caso, en concreto, una expedición del medicamento genérico potasio de losartán, producido en la India y con destino al Brasil, fue confiscada cuando se encontraba en tránsito en el aeropuerto de Schiphol, en los Países Bajos, en diciembre de 2008, y posteriormente se devolvió al país de origen. Las autoridades neerlandesas confiscaron la expedición de conformidad con el Reglamento (CE) N° 1383/2003 del Consejo de las Comunidades Europeas, que establece normas relativas a la "intervención de las autoridades aduaneras en los casos de mercancías sospechosas de vulnerar determinados derechos de propiedad intelectual y a las medidas que deben tomarse respecto de las mercancías que vulneren esos derechos" (Reglamento (CE) N° 1383/2003).

Basándose precisamente en reclamaciones de presunta infracción presentadas por supuestos titulares de patentes (o de certificados complementarios de protección), a lo largo de los dos últimos años las autoridades aduaneras de los Países Bajos han confiscado un número considerable de envíos de medicamentos genéricos procedentes de la India que se encontraban en tránsito por los Países Bajos, incluida la expedición antes mencionada de potasio de losartán destinada al Brasil.

**Tema en discusión.**— Para el Brasil<sup>516</sup> el mencionado Reglamento (CE) N° 1383/2003, se aplica también a los medicamentos en tránsito por el territorio de la Unión Europea que se sospecha que infringen derechos de patente o se constata que han infringido derechos de patente constituidos de acuerdo con las leyes del país de tránsito de las CE, con independencia de la situación de la patente de esos medicamentos en los países de origen y destino<sup>517</sup>.

---

<sup>516</sup> Véase la solicitud de celebración de consultas presentada por el Brasil contra la Unión Europea y los Países Bajos, en documento de la Organización Mundial del Comercio WT/DS409/1, de 12 de mayo de 2010 ("Unión Europea y un Estado Miembro – Confiscación de medicamentos genéricos en tránsito").

<sup>517</sup> Documento de la Organización Mundial del Comercio WT/DS409/1, letra B.

En su concepto, “la confiscación de la expedición de potasio de losartán por las autoridades neerlandesas, incluidas las medidas legales, administrativas o judiciales de cualquier naturaleza que establecieron la base para esa medida o que fueron publicadas en relación con ella, es incompatible con las obligaciones que corresponden a la Unión Europea y a los Países Bajos en virtud del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio ("Acuerdo sobre la OMC") y los Acuerdos anexos al mismo”<sup>518</sup> y que además “a juicio del Brasil, el Reglamento (CE) N° 1383/2003 –con inclusión, sin que la enumeración sea exhaustiva, de los considerandos (3), (4) y (8) y los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 16 y 17 del mismo– es incompatible en sí mismo con las obligaciones que corresponden a la Unión Europea y a los Países Bajos en virtud del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio ("Acuerdo sobre la OMC") y los Acuerdos anexos al mismo”<sup>519</sup>.

En definitiva, Brasil establece en su solicitud de celebración de consultas<sup>520</sup> con mucha claridad lo que en definitiva le preocupa y que es nada más ni nada menos que, en su concepto, aquél Reglamento –N° 1383/2003– y la normativa que emana y se desarrolla del mismo, constituye una norma de aplicación general en la Unión Europea, la que es incompatible en sí misma con las obligaciones que corresponden a la Unión Europea y a los Países Bajos en virtud del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio ("Acuerdo sobre la OMC") y los Acuerdos anexos al mismo.

**Situación actual ante OSD.**– El próximo paso en este procedimiento –que al igual que el D.S. N°408, ha adquirido gran relevancia atendidos los intereses en disputa– debiera ser la constitución de un Grupo Especial que emita un Informe y resolución en la materia, toda vez que no se ha notificado la adopción de una solución mutuamente convenida.

En este caso, estrechamente vinculado con el anterior, también ha generado mucho interés de parte de otros miembros de la OMC que han reivindicado, de manera

---

<sup>518</sup> Documento de la Organización Mundial del Comercio WT/DS409/1, letra C.

<sup>519</sup> Documento de la Organización Mundial del Comercio WT/DS409/1, letra D.

<sup>520</sup> Documento de la Organización Mundial del Comercio WT/DS409/1, letra E.

fundada, tener un interés sustancial en este conflicto. Esta vez la India además de Canadá, China, Ecuador, Japón y Turquía, que ya se habían asociado en el D.S. N°408, se asociaron en este caso, una vez que fuera aceptada la solicitud de asociación de dichos países por la Unión Europea<sup>521</sup>, en conformidad con lo dispuesto en el párrafo 11 del artículo 4 del Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la Solución de Diferencias.

**4.2.2. Administración de Justicia<sup>522</sup>.** Aquí daremos repaso a aquellas situaciones que en el contexto específico de la administración de justicia tienen relación y posibilitan condiciones que inciden en las dificultades para el control y prevención de las enfermedades infecciosas y en la lucha contra las mismas, afectando en muchas ocasiones la salud pública.

Por tanto, se incluirán disposiciones contenidas en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, así como de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels o Degradantes, de 1984, para repasar a través de estos dos instrumentos internacionales de gran relevancia, las acciones interpuestas en el ámbito internacional, sea a través de mecanismos no contenciosos dispuestos en ambos tratados, así como del mecanismo de denuncia de particulares que derivan de ambos tratados, y que han adquirido un desarrollo jurisprudencial relevante, y que también sirve de apoyo a nuestra tesis.

**4.2.2.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966<sup>523</sup>.** Este Pacto ha tenido gran desarrollo. Entró en vigencia el 23 de marzo de 1976, de acuerdo con lo

---

<sup>521</sup> Véase el documento de la Organización Mundial del Comercio WT/DS409/8, de fecha 18 de junio de 2010.

<sup>522</sup> Este contexto específico es mencionado por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt, en el Anexo 1 letra C numeral 12 del documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2003/58. En el contexto específico de la “Administración de Justicia” incorpora como instrumentos internacionales de mayor relevancia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 1966, y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels o Degradantes, de 1984.

<sup>523</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor: 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 49.

dispuesto en su artículo 49<sup>524</sup>, respecto de todas aquellas disposiciones contenidas en el Pacto con excepción de las disposiciones del artículo 41 –Comité de Derechos Humanos–, que entraron en vigencia el 28 de marzo de 1979, de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 41. Actualmente, 167 Estados han ratificado este Pacto Internacional.

Todos los Estados que han ratificado el Pacto o que se han adherido a él, se comprometen a presentar informes al Comité de Derechos Humanos<sup>525</sup> sobre las disposiciones que han adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en el Pacto y sobre el progreso realizado en cuanto al goce de esos derechos. El examen de los informes de los Estados por parte del Comité ha demostrado ser una forma satisfactoria de vigilar la observancia de los derechos humanos y el Comité puede formular recomendaciones sobre cómo dar mejor cumplimiento al Pacto en la legislación y la práctica nacionales. Esto también se denomina procedimientos no contenciosos, cuyo repaso permitirá ver aquellas materias de especial interés para nuestra tesis.

Por su parte, un gran logro del sistema internacional de las Naciones Unidas fue la dictación del Protocolo Facultativo<sup>526</sup>, que permitió a los particulares que consideraran que sus derechos y libertades han sido violados, puedan pedir explicaciones al Estado de que se trate a condición de que éste sea Parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo. Ha tenido un gran desarrollo, y será repasado próximamente en el párrafo 4.2.2.1.2. Actualmente 113 Estados han ratificado este Protocolo Facultativo, que ha dado lugar a importante jurisprudencia sobre la aplicación del Pacto, y citaremos algunos casos que sirven de apoyo para nuestra tesis.

### **Disposiciones del Pacto con mayor interés para nuestra tesis.**

---

<sup>524</sup> Artículo 49: “1. El presente Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. 2. Para cada Estado que ratifique el presente Pacto o se adhiera a él después de haber depositado el trigésimo quinto instrumento de ratificación o de adhesión, el Pacto entrará en vigor transcurridos tres meses a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.”.

<sup>525</sup> Véase la Parte IV del Pacto para todo lo relativo al Comité de Derechos Humanos, artículos 28-45.

<sup>526</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966. Entrada en vigor el 23 de marzo de 1976, de conformidad con el artículo 9, transcurridos tres meses a partir de la fecha en que fue depositado el décimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.



“Artículo 2

1. Cada uno de los Estados Partes se compromete a respetar y a garantizar a todos los individuos que se encuentran en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el presente Pacto, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

“Artículo 6

1. El derecho a la vida es inherente a la persona humana. Este derecho estará protegido por la ley. Nadie podrá ser privado de la vida arbitrariamente”.

“Artículo 7

Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie, será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos”.

“Artículo 10

1. Toda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.(...)”.

“Artículo 12

1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio.

3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. (...)”.

“Artículo 18

(...) 3. La libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás. (...)”.

#### “Artículo 19

(...) 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

3. El ejercicio del derecho previsto en el párrafo 2 de este artículo entraña deberes y responsabilidades especiales. Por consiguiente, puede estar sujeto a ciertas restricciones, que deberán, sin embargo, estar expresamente fijadas por ley y ser necesarias para: (...) b) La protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas”. ()

#### “Artículo 21

Se reconoce el derecho de reunión pacífica. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás”.

#### “Artículo 22

1. Toda persona tiene derecho a asociarse libremente con otras, incluso el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses.

2. El ejercicio de tal derecho sólo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública o del orden público, o para proteger la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de los demás. (...)”.

#### “Artículo 24

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado. (...)”.

“Art. 26.

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquiera otra condición social”.

**4.2.2.1.1. Mecanismo no contencioso.** En primer lugar, el Comité recibe y examina los informes de los Estados Partes sobre las disposiciones que han adoptado para hacer efectivos los derechos reconocidos en el Pacto. El Comité formula comentarios y recomendaciones concretas a los Estados Partes, sobre la base del examen de sus informes.

A continuación veremos algunos de ellos de interés con el tema de la tesis. Las observaciones y recomendaciones del Comité de Derechos Humanos serán ordenadas cronológicamente de más recientes a menos recientes.

**i) Eslovaquia (HRC, 2011).**— Derechos en examen: discriminación racial; prohibición de tortura y trato cruel, inhumano o degradante; discriminación contra las mujeres; violencia de género. Personas afectadas: minorías/grupos raciales, étnicos, lingüísticos, religiosos y basados en la descendencia; mujeres.

“Para el Comité es positivo que se investigue la esterilización forzada de mujeres romaníes y que se haya aprobado la Ley N° 576/2004 sobre la atención médica y los servicios de salud, por la que se introduce el concepto de consentimiento informado, sin embargo, le preocupa el alcance limitado de la investigación y la

falta de información sobre medidas concretas para eliminar la esterilización forzada que, al parecer, sigue practicando (arts. 7 y 26).

El Estado parte debería adoptar las medidas necesarias para vigilar la aplicación de la Ley N° 576/2004 a fin de asegurar que se sigan todos los procedimientos para obtener el consentimiento pleno e informado de las mujeres, en especial las romaníes, que recurren a servicios de esterilización en centros de salud. Al respecto, el Estado parte debería impartir formación especial al personal de salud con el fin de dar a conocer mejor los efectos perjudiciales de la esterilización forzada”<sup>527</sup>.

- ii) Polonia (HRC, 2010).**– Derechos en examen: cuadro constitucional y legislativo; igualdad y no discriminación. Personas afectadas: general.

“El Comité se muestra preocupado por el hecho de que la Ley de igualdad de trato no sea exhaustiva ni contemple la discriminación basada en la orientación sexual, la discapacidad, la religión o la edad en los ámbitos de la educación, la atención sanitaria, la protección social y la vivienda (art. 2).

El Estado parte debe volver a enmendar la Ley de la igualdad de trato para que trate adecuadamente la cuestión de la discriminación por cualquier motivo y en todos los ámbitos”<sup>528</sup>.

- iii) Moldavia (HRC, 2009).**– Derechos en examen: igualdad y no discriminación; derecho a la vida privada, intimidad. Personas afectadas: general; niños; no-ciudadanos.

“Preocupa al Comité que las personas infectadas con el VIH/SIDA sean objeto de discriminación y estigmatización en el Estado parte en los campos de la educación, el empleo, la vivienda y la atención de la salud, entre otros, y que, como parte de las normas de inmigración, los extranjeros sean sometidos arbitrariamente, a análisis para determinar si tienen el VIH/SIDA. En particular, el Comité observa con preocupación que los profesionales de la salud no siempre respetan la

---

<sup>527</sup> Documento de las Naciones Unidas CPPR/C/SVK/CO/3, de 20 de abril de 2011, párrafo 13.

<sup>528</sup> Documento de las Naciones Unidas CPPR/C/POL/CO/6, de 15 de noviembre de 2010, párrafo 5.

privacidad del paciente. Observa también que la legislación prohíbe la adopción de niños con VIH/SIDA, lo que los priva de un entorno familiar (arts. 2, 17 y 26).

El Estado parte debería tomar medidas para hacer frente a la estigmatización de quienes tienen el VIH/SIDA, como, entre otras, campañas de toma de conciencia sobre el VIH/SIDA y enmendar su legislación y su marco regulador para derogar la prohibición de que se adopten niños con VIH/SIDA y cualquier otra ley o disposición reglamentaria discriminatoria que se refiera al VIH/SIDA”<sup>529</sup>.

- iv) Suiza (HRC, 2009).**– Derecho en examen: administración de justicia y juicios justos. Personas afectadas: refugiados y solicitantes de asilo.

“Aunque observa que se concede asistencia urgente a las personas cuya solicitud de asilo ha sido rechazada, el Comité está preocupado por informes según los cuales las condiciones de vida de estas personas no son adecuadas y ya no se benefician de un seguro de salud (Ley LAMAL), lo que limita su acceso a servicios sanitarios (arts. 13 y 17).

El Estado parte debería proteger los derechos fundamentales de las personas cuya solicitud de asilo ha sido rechazada y proporcionarles un nivel de vida adecuado y servicios de atención de la salud”<sup>530</sup>.

- v) Ruanda (HRC, 2009).**– Derecho en examen: condiciones de detención. Personas afectadas: niños; personas privadas de libertad.

“Preocupan al Comité las informaciones que dan cuenta de las deplorables condiciones carcelarias existentes en determinadas prisiones, especialmente con respecto a la situación sanitaria y al acceso a los servicios de salud y a la alimentación. Es también motivo de inquietud el hecho de que no se garantice la separación entre los niños y los adultos detenidos, ni entre los sujetos a prisión preventiva y los condenados (artículo 10 del Pacto).

---

<sup>529</sup> Documento de las Naciones Unidas CPPR/C/MDA/CO/2, de 4 de noviembre de 2009, párrafo 12.

<sup>530</sup> Documento de las Naciones Unidas CPPR/C/CHE/CO/3, de 3 de noviembre de 2009, párrafo 19.

El Estado parte debería adoptar medidas urgentes y eficaces para solucionar las condiciones de hacinamiento en los centros de detención y garantizar en ellos condiciones que respeten la dignidad de los presos, de conformidad con el artículo 10 del Pacto. Debería establecer un sistema para asegurar que las personas que se encuentran en prisión preventiva estén separadas de las que han sido condenadas, y que los menores lo estén del resto de detenidos. En particular, el Estado parte debería adoptar medidas a fin de que se respeten las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, establecidas por las Naciones Unidas”<sup>531</sup>.

**vi) Irlanda (HRC, 2008).**– Derechos en examen: prohibición de tortura y trato cruel, inhumano o degradante; condiciones de detención. Personas afectadas: personas privadas de libertad.

“El Comité toma nota de las medidas adoptadas por el Estado parte para mejorar las condiciones de la detención, en particular de la construcción actual y prevista de nuevas instalaciones, pero sigue preocupado por el aumento de los encarcelamientos. Le preocupa especialmente la persistencia de condiciones adversas en algunas prisiones del Estado parte, como el hacinamiento, las condiciones insuficientes de higiene personal, la falta de separación de los presos preventivos, la insuficiente atención de salud mental para los reclusos y el alto nivel de violencia entre éstos (art. 10).

El Estado parte debería aumentar sus esfuerzos por mejorar las condiciones de todas las personas privadas de libertad en espera de juicio y después de su condena, cumpliendo todos los requisitos contenidos en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. En particular, debería abordar como cuestiones prioritarias el hacinamiento y el "vaciado manual" de los recipientes de desechos de origen humano. Además, el Estado parte debería mantener a los presos preventivos en instalaciones separadas y fomentar otros tipos de penas distintas de la de prisión. El Estado parte debería presentar al Comité, en su próximo informe periódico, datos que muestren los progresos realizados desde la aprobación de la presente

---

<sup>531</sup> Documento de las Naciones Unidas CPPR/C/RWA/CO/3, de 7 de abril de 2009, párrafo 15.

recomendación, en particular con respecto a la promoción y aplicación concretas de medidas distintas de la privación de libertad”<sup>532</sup>.

**vii) República Checa (HRC, 2007).**– Derechos en examen: igualdad y no discriminación; discriminación racial; miembros de minorías. Personas afectadas: minorías/grupos raciales, étnicos, lingüísticos, religiosos y basados en la descendencia.

“El Comité deplora que el Estado Parte hasta la fecha no haya aprobado un proyecto de ley contra la discriminación. Sigue preocupado por que, pese a la aprobación de los programas pertinentes, persista en la práctica la discriminación contra los romaníes, incluso en los ámbitos del trabajo, el acceso al empleo, la atención de salud y la educación. El Comité está preocupado por la discriminación que se ejerce contra los romaníes en el acceso a la vivienda, así como la persistencia de los desalojos discriminatorios y el que, de hecho, siga habiendo guetos (arts. 2, 26 y 27)”<sup>533</sup>.

**viii) Zambia (HRC, 2007).**– Derechos en examen: prohibición de tortura y trato cruel, inhumano o degradante; condiciones de detención; desapariciones forzadas. Personas afectadas: personas privadas de libertad.

“El Comité expresa su preocupación por el intolerable índice de hacinamiento en las prisiones y las pésimas condiciones reinantes en los centros de detención. Constata sin embargo que el Estado Parte se ha hecho cargo de esta situación y ha adoptado algunas medidas encaminadas a remediarla. Al Comité también le preocupa la excesiva duración de la prisión preventiva en muchos casos (arts. 7, 9 y 10).

El Estado Parte debería elaborar medidas alternativas al encarcelamiento. También debería adoptar medidas para que los acusados en espera de juicio no permanezcan detenidos durante períodos injustificadamente prolongados. Debería incrementar

---

<sup>532</sup> Documento de las Naciones Unidas CPPR/C/IRL/CO/3, de 30 de julio de 2008, párrafo 15.

<sup>533</sup> Documento de las Naciones Unidas CPPR/C/CZE/CO/2, de 9 de agosto de 2007, párrafo 16.

considerablemente sus esfuerzos para garantizar el derecho de los presos a un trato humano y digno, garantizando que vivan en condiciones de salubridad y tengan un acceso adecuado a la atención de salud y la alimentación. En tanto el Estado Parte no pueda atender las necesidades de los presos, debería adoptar inmediatamente medidas para reducir la población carcelaria”<sup>534</sup>.

- ix) Chile (HRC, 2007).**– Derechos en examen: igualdad y no discriminación. Personas afectadas: general.

“Aunque observa con satisfacción la abrogación de las disposiciones que penalizaban las relaciones homosexuales entre adultos responsables, el Comité continúa preocupado ante la discriminación de la que son objeto ciertas personas debido a su orientación sexual, entre otros ámbitos, frente a los tribunales y en el acceso a la salud. (artículos 2 y 26 del Pacto)

El Estado parte debería garantizar a todas las personas la igualdad de los derechos establecidos en el Pacto, independientemente de su orientación sexual, incluyendo igualdad ante la ley y en el acceso a los servicios de salud. Debería también poner en práctica programas de sensibilización con el fin de combatir los prejuicios sociales”<sup>535</sup>.

- x) Kosovo (HRC, 2006).**– Derecho en examen: libertad de movimiento. Personas afectadas: minorías; grupos raciales, étnicos, lingüísticos, religiosos y basados en la descendencia.

“Preocupa al Comité la limitada libertad de circulación y de acceso a servicios esenciales, como los recursos judiciales, la atención de la salud, la educación y documentos personales, de las comunidades pertenecientes a minorías que viven en microenclaves (art. 12).

---

<sup>534</sup> Documento de las Naciones Unidas CPPR/C/ZMB/CO/3, de 9 de agosto de 2007, párrafo 23.

<sup>535</sup> Documento de las Naciones Unidas CPPR/C/CHL/CO/5, de 17 de abril de 2007, párrafo 16.



La UNMIK, en cooperación con las instituciones provisionales, debería velar por la libertad de circulación y de acceso a los servicios esenciales de las comunidades pertenecientes a minorías, incluidas las que viven en microenclaves”<sup>536</sup>.

- xi) República Democrática del Congo (HRC, 2006).**– Derecho en examen: derecho a la vida. Personas afectadas: mujeres; niños.

“El Comité sigue preocupado por la elevadísima tasa de mortalidad materna e infantil en la República Democrática del Congo (párrafos 71 y 72 del informe), debido en particular al bajo nivel de acceso a los servicios de salud y planificación familiar y al bajo nivel de instrucción (artículo 6 del Pacto).

El Estado Parte debería reforzar su acción, en particular respecto del acceso a los servicios de salud. El Estado Parte debería garantizar una mejor formación del personal de salud”<sup>537</sup>.

- xii) Kenia (HRC, 2005).**– Derechos en examen: prohibición de tortura y trato cruel, inhumano o degradante; condiciones de detención. Personas afectadas: personas privadas de libertad.

“El Comité nota que el Estado Parte ha intentado mejorar las condiciones de detención y reducir el hacinamiento en las cárceles promulgando la Ley de órdenes de servicio comunitario, mas no deja de preocuparle la situación carcelaria, en particular el saneamiento y el acceso a la atención de la salud y una alimentación adecuada. Le preocupa el hacinamiento extremo, que fue reconocido por la delegación y que, junto con las deficiencias en el saneamiento y la atención de la salud, puede dar lugar a condiciones de detención que pongan en peligro la vida (artículos 7 y 10 del Pacto).

El Estado Parte debe garantizar el derecho de los detenidos a ser tratados humanamente y a que se respete su dignidad, en particular su derecho a estar

---

<sup>536</sup> Documento de las Naciones Unidas CPPR/C/UNK/CO/1, de 14 de agosto de 2006, párrafo 19.

<sup>537</sup> Documento de las Naciones Unidas CPPR/C/COD/CO/3, de 26 de abril de 2006, párrafo 14.

alojados en instalaciones higiénicas y a tener acceso a atención de la salud y una alimentación adecuada. En el próximo informe periódico se deberían detallar las medidas adoptadas para resolver el problema del hacinamiento”<sup>538</sup>.

**xiii) Portugal (HRC, 2003).**– Derechos en examen: prohibición de tortura y trato cruel, inhumano o degradante; condiciones de detención. Personas afectadas: personas privadas de libertad.

“Preocupa al Comité que, pese a una mejora considerable, la sobrepoblación en las cárceles sigue siendo del 22%, que el acceso a la atención de la salud sigue planteando problemas, y que la separación entre los detenidos en prisión preventiva y los que cumplen condena no siempre se lleva a efecto (artículos 7 y 10 del Pacto).

El Estado Parte debería garantizar que todas las personas privadas de la libertad sean tratadas humanamente y con el debido respeto a la dignidad inherente a los seres humanos. Debería intensificar sus esfuerzos para reducir la sobrepoblación en las cárceles y asegurar la separación entre los detenidos en prisión preventiva y los que cumplen condena. Deberá prestarse atención médica apropiada y oportuna a todos los detenidos”<sup>539</sup>.

**xiv) Mali (HRC, 2003).**– Derecho en examen: derecho a la vida. Personas afectadas: mujeres; niños.

“Aunque toma nota de los esfuerzos considerables desplegados por el Estado Parte, el Comité sigue preocupado por la elevada tasa de mortalidad materna e infantil en Malí, debida en particular al bajo grado de acceso a los servicios de salud y de planificación familiar, a la mala calidad de la atención dispensada, al bajo nivel de educación y a la práctica del aborto clandestino (artículo 6 del Pacto).

Para garantizar el derecho a la vida, el Estado Parte debería reforzar su acción, en particular en materia de accesibilidad de los servicios de salud, comprendidos los

---

<sup>538</sup> Documento de las Naciones Unidas CPPR/CO/83/KEN, de 25 de abril de 2005, párrafo 19.

<sup>539</sup> Documento de las Naciones Unidas CPPR/CO/78/PRT, de 17 de septiembre de 2003, párrafo 11.

servicios de atención obstétrica urgente. El Estado Parte debería velar por que se dé una formación adecuada al personal de salud y ayudar a la mujer a evitar los embarazos no deseados, en especial reforzando sus programas de planificación familiar y de educación sexual. El Estado debería velar por que la mujer no se vea obligada a recurrir a un aborto clandestino que ponga en peligro su vida. En particular, se deberían evaluar los efectos de la ley restrictiva en materia de aborto sobre la salud de la mujer”<sup>540</sup>.

- xv) Moldavia (HRC, 2002).**– Derechos en examen: derecho a la vida; prohibición de tortura y trato cruel, inhumano o degradante; condiciones de detención; y desapariciones forzadas. Personas afectadas: personas privadas de libertad.

“El Comité expresa su profunda preocupación por las condiciones existentes en los establecimientos penitenciarios del Estado Parte y, en particular, por el hecho de que éste no cumpla las normas internacionales, como las garantías previstas en los artículos 7 y 10 del Pacto, lo que ha reconocido el propio Estado Parte. El Comité expresa su especial preocupación por la prevalencia de enfermedades, como la tuberculosis, provocadas directamente por las condiciones de encarcelamiento. Recuerda al Estado Parte su obligación de garantizar la salud y la vida de todas las personas privadas de libertad. Que la salud y la vida de los reclusos esté en peligro a causa de la propagación de enfermedades contagiosas o de una atención insuficiente equivale a violar el artículo 10 del Pacto y también puede implicar una violación de los artículos 9 y 6.

El Estado Parte debería adoptar inmediatamente medidas para que las condiciones de encarcelamiento en los distintos establecimientos que dependen de él se ajusten a las normas establecidas en los artículos 6, 7 y 10 del Pacto, incluidas las relativas a la prevención de la propagación de enfermedades y el suministro del debido tratamiento médico a las personas que hayan contraído enfermedades, ya sea en la cárcel o antes de su encarcelamiento”<sup>541</sup>.

---

<sup>540</sup> Documento de las Naciones Unidas CPPR/CO/77/MLI, de 16 de abril de 2003, párrafo 14.

<sup>541</sup> Documento de las Naciones Unidas CPPR/CO/75/MDA, de 5 de agosto de 2002, párrafo 9.

**xvi) Suecia (HRC, 2002).**– Derecho en examen: igualdad y no discriminación. Personas afectadas: niños; refugiados y solicitantes de asilo.

“El Comité toma nota con satisfacción de las modificaciones legislativas por las que desde el 1° de enero de 2002 se da acceso a la enseñanza preescolar, primaria y secundaria, y a la atención de salud, a los niños solicitantes de asilo, en las mismas condiciones que a los niños residentes en Suecia”<sup>542</sup>.

**xvii) Georgia (HRC, 2002).**– Derechos en examen: derecho a la vida; prohibición de tortura y trato cruel, inhumano y degradante; condiciones de detención. Personas afectadas: personas privadas de libertad.

“El Comité expresa su preocupación por que todavía es muy elevado el número de muertes de personas detenidas en comisarías de policía y cárceles, inclusive las debidas a suicidios y a la tuberculosis. Al Comité también le sigue preocupando el gran número de casos de tuberculosis que se comunica en las cárceles.

El Estado Parte debe adoptar medidas urgentes para proteger el derecho a la vida y a la salud de todas las personas detenidas conforme a los artículos 6 y 7 del Pacto. Concretamente, el Estado Parte debe mejorar la higiene, la dieta y las condiciones generales de detención y prestar cuidado médico adecuado a los detenidos según se dispone en el artículo 10 del Pacto. También debe garantizar que un organismo independiente investigue con prontitud todos los fallecimientos que se produzcan en régimen de detención”<sup>543</sup>.

**xviii) Guyana (HRC, 2000).**– Derecho en examen: condiciones de detención. Personas afectadas: personas privadas de libertad.

“El Comité expresa su profunda preocupación por las condiciones inaceptables de las cárceles (artículo 10 del Pacto), con instalaciones sanitarias mediocres y sin el suministro de alimentación y cuidados médicos adecuados, lo que se traduce en enfermedades y muertes. Estos hechos son agravados por el recurso excesivo a la

---

<sup>542</sup> Documento de las Naciones Unidas CPPR/CO/74/SWE, de 24 de abril de 2002, párrafo 4.

<sup>543</sup> Documento de las Naciones Unidas CPPR/CO/74/GEO, de 19 de abril de 2002, párrafo 7.

reclusión como castigo o como medida preventiva y por el hacinamiento de los presos.

Se recuerda al Estado Parte que, en virtud del artículo 10, tiene la obligación de garantizar que toda persona privada de libertad sea tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano. El Comité le alienta a estudiar la posibilidad de hacer un mayor uso de otras formas de castigo o de medidas preventivas<sup>544</sup>.

**4.2.2.1.2. Denuncia de particulares.** Una de las señales más claras de progreso en materia de derechos humanos es el hecho que los particulares que consideran que sus derechos y libertades han sido violados pueden pedir explicaciones al Estado de que se trate, a condición de que éste sea Parte en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo.

De acuerdo con el artículo 5 del Protocolo Facultativo el Comité no examinará ninguna comunicación de un individuo a menos que se haya cerciorado de que el mismo asunto no ha sido sometido ya a otro procedimiento de examen o arreglos internacionales y que el individuo ha agotado todos los recursos de jurisdicción interna, salvo cuando la tramitación de los recursos se prolongue injustificadamente.

A continuación se verá solamente aquellas más destacadas cuyos dictámenes han sido dictadas recientemente, que guarden relación con el tema de nuestra tesis y que en definitiva el Comité haya determinado la existencia de una violación por parte del Estado de disposiciones del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En ellas se podrá apreciar la reclamación por atentados a la salud o bien la protección del derecho a la salud, a través de derechos civiles y políticos. Los dictámenes seleccionados serán ordenados cronológicamente de más recientes a menos recientes.

**i) Marija y Dragana Novaković v/s Serbia. Dictamen de 21 de octubre de 2010, recaído en procedimiento iniciado por Comunicación N°1556/2007<sup>545</sup>.**

---

<sup>544</sup> Documento de las Naciones Unidas CPPR/C/79/Add.121, de 25 de abril de 2000, párrafo 17.

<sup>545</sup> Comunicación N°1556/2007, dictamen de 21 de octubre de 2010, del Comité de Derechos Humanos.

**Caso presentado.** La denuncia es presentada por Marija y Dragana Novaković, hermana y madre de la víctima Zoran Novaković (representadas por los abogados Dušan Ignatović y Žarko Petrović). De acuerdo con las denunciantes, el Sr. Zoran Novaković, también nacional de Serbia, que falleció en un hospital público en Belgrado (Serbia) el 30 de marzo de 2003, a los 25 años de edad, fue víctima de violaciones del artículo 6 – derecho a la vida– y el artículo 2, párrafo 3, leído juntamente con el artículo 6, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De acuerdo a los hechos expuestos por las autoras la víctima ingresó en la Clínica de Cirugía Maxilofacial de Belgrado el 24 de marzo de 2003 con la mandíbula inflamada como resultado de un absceso en un diente y el 29 de marzo de 2003 fue trasladado a la Clínica de Enfermedades Infecciosas, ambos hospitales públicos y administrados por el Estado, y el 30 de marzo de 2003 el Sr. Novaković murió como resultado de una inflamación supurativa de la boca, el cuello y el tórax y las complicaciones subsiguientes. Asimismo, el diente que causó el absceso inicial nunca fue extraído, no se hicieron análisis médicos básicos, como un estudio microbiológico, y el tratamiento quirúrgico fue totalmente inadecuado. Sobre la base de varios documentos, como la autopsia de la víctima y las conclusiones y opiniones de peritos forenses, consideran que los médicos que trataron al Sr. Novaković en los dos hospitales fueron responsables de graves omisiones y errores que le causaron un agravamiento del estado de salud y, finalmente, la muerte<sup>546</sup>.

Por su parte los procedimientos internos en Serbia habían marchado en forma extremadamente lenta<sup>547</sup>. En su denuncia las autoras sostienen que el Estado parte “conculcó el derecho que reconoce al Sr. Novaković el artículo 6 del Pacto, porque no protegió su derecho a la vida” y afirman que “en la causa *Lantsova c. la Federación de Rusia*<sup>548</sup>, el Comité llegó a la conclusión de que, en el caso de personas en situación vulnerable, como los detenidos por ejemplo, las autoridades tenían la obligación especial de proteger el derecho a la vida si sabían o debían haber sabido que ésta corría

---

<sup>546</sup> Comunicación N°1556/2007, dictamen de 21 de octubre de 2010, párrafo 2.1.

<sup>547</sup> Comunicación N°1556/2007, dictamen de 21 de octubre de 2010, párrafos 2.3, 2.4 y 2.5.

<sup>548</sup> Comunicación N° 763/1997, dictamen de 26 de marzo de 2002, párrafo 9.2.

peligro”, y por tanto en su concepto “sostienen que el mismo principio debe aplicarse a quienes se confían a la atención de los médicos de un hospital del Estado”<sup>549</sup>.

**Sobre la admisibilidad.** El Comité observa que, en este caso, el proceso penal en Serbia comenzó transcurridos tres años y medio desde la muerte de la víctima y, que él sepa, no ha terminado aún. Por lo tanto, considera que, en las circunstancias descritas, los recursos internos han sido injustificadamente prolongados y que lo dispuesto en el artículo 5, párrafo 2 b), no obsta para que examine la denuncia<sup>550</sup>.

**Dictamen del Comité.** El Comité señala que el Estado parte sostiene que la legislación penal del país establece responsabilidad penal por mala praxis médica y por delitos graves contra la salud, pero sin embargo observa que “el Estado parte no ha dado una explicación acerca de la forma en que funciona la Inspección del Ministerio de Salud ni ha señalado cuán eficiente es el procesamiento penal en casos de mala praxis médica y otros delitos contra la salud” y en este caso “señala que el primer sospechoso no fue interrogado y el procedimiento penal no comenzó antes de transcurridos 40 meses desde la fecha de la muerte de la víctima”, así como “no se dictó un auto de acusación contra los posibles autores hasta el 21 de enero de 2008, casi cinco años después de la muerte de la víctima y el proceso en primera instancia no había aún comenzado en junio de 2009”, todo lo cual constituye una violación por parte de Serbia del artículo 2 párrafo 3, leído juntamente con el artículo 6 del Pacto<sup>551</sup>.

En definitiva, el Comité indica que a tenor de lo dispuesto en el artículo 2, párrafo 3 a), del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar a las autoras un recurso efectivo y que por tanto, el Estado parte está obligado a tomar medidas adecuadas para: a) asegurar que concluyan rápidamente las actuaciones penales contra los responsables por la muerte del Sr. Novaković, y que, si estos son declarados culpables, sean sancionados; y b) proporcionar a las autoras una indemnización adecuada. El Estado parte tiene también la obligación de evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro<sup>552</sup>.

---

<sup>549</sup> Comunicación N°1556/2007, dictamen de 21 de octubre de 2010, párrafo 3.2.

<sup>550</sup> Comunicación N°1556/2007, dictamen de 21 de octubre de 2010, párrafo 6.5.

<sup>551</sup> Comunicación N°1556/2007, dictamen de 21 de octubre de 2010, párrafo 7.3.

<sup>552</sup> Comunicación N°1556/2007, dictamen de 21 de octubre de 2010, párrafo 9.

**ii) Munguwambuto Kabwe Peter Mwamba v/s Zambia. Dictamen de 10 de marzo de 2010, recaído en procedimiento iniciado por Comunicación N°1520/2006<sup>553</sup>.**

**Caso presentado.** El autor de la comunicación es el Sr. Munguwambuto Kabwe Peter Mwamba, nacional de Zambia, nacido en 1956, que se encontraba en el pabellón de los condenados a muerte en espera de que su causa fuera revisada en apelación por el Tribunal Supremo de Zambia. Afirma haber sido víctima de la violación por el Estado parte del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. De acuerdo al Comité, pese a que no invoca ningún artículo de la Convención, su comunicación parece plantear cuestiones respecto de los artículos 6 (derecho a la vida); 7; 10, párr. 1; y 14 del Pacto<sup>554</sup>.

El 24 de marzo de 1999, el autor, que en ese momento era un alto funcionario de policía (comisario), fue apresado y detenido porque se sospechaba que había asesinado al conductor de una furgoneta que transportaba 40 t de cátodos de cobre y había robado los cátodos. Fue acusado de asesinato, tentativa de asesinato y robo calificado. Lo llevaron al Cuartel General de los Servicios de Policía, donde le pusieron esposas y grilletes y le sometieron a tortura y malos tratos. Luego, estuvo en detención preventiva hasta la celebración del juicio el 1° de septiembre de 1999, en pésimas condiciones de salubridad<sup>555</sup>. El juicio careció de las debidas garantías procesales. El Inspector de Policía, al que el autor había anteriormente incitado a destituir por corrupción, fue quien planeó su condena<sup>556</sup>.

El 22 de agosto de 2001, el autor interpuso un recurso de apelación ante el Tribunal Supremo y todavía esperando que se revise su caso. En la misma cárcel hay 170 reos en espera del resultado de su apelación, que tarda de 2 a 15 años y las condiciones en el pabellón de los condenados a muerte son inhumanas y equivalen a dormir en un retrete público sucio: las celdas miden 3 x 3 m, están ocupadas por varios reos y como no hay

---

<sup>553</sup> Comunicación N°1520/2006, dictamen de 10 de marzo de 2010, del Comité de Derechos Humanos.

<sup>554</sup> Comunicación N°1520/2006, dictamen de 10 de marzo de 2010, párrafo 1.

<sup>555</sup> Comunicación N°1520/2006, dictamen de 10 de marzo de 2010, párrafo 2.2.

<sup>556</sup> Comunicación N°1520/2006, dictamen de 10 de marzo de 2010, párrafo 2.4.



instalaciones de saneamiento, deben servirse de latas pequeñas para hacer sus necesidades; en la cárcel son comunes la tuberculosis, el paludismo y el VIH/SIDA<sup>557</sup>.

Denuncia, en lo que interesa, “que el trato al que fue sometido durante la prisión preventiva equivale a tortura física y psicológica o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”, y asimismo, “afirma que las condiciones de detención en el pabellón de los condenados a muerte, el estrés y la depresión de que sufre desde que está detenido ahí, el miedo a morir de tuberculosis, paludismo o VIH/SIDA, enfermedades que según afirma son comunes en la cárcel, así como el hecho de que lleve esperando más de ocho años a que se revise su caso, equivalen a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”<sup>558</sup>.

**Examen de la cuestión en cuanto al fondo.** El Comité observa que el Estado parte no ha refutado la información facilitada por el autor sobre las deplorables condiciones de su detención preventiva y de su actual detención en el pabellón de los condenados a muerte, en particular las afirmaciones de que al principio se lo mantuvo detenido en régimen de incomunicación, fue asaltado e inmovilizado con esposas y grilletes, se le negó la comida y el agua durante tres días y actualmente se encuentra encarcelado en una celda pequeña y sucísima sin servicios de saneamiento adecuados. El Comité recuerda que no se puede someter a las personas privadas de libertad a privaciones o a restricciones que no sean las que resulten de la privación de la libertad; deben ser tratadas de acuerdo con las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, entre otras disposiciones. Considera como ha concluido repetidamente en denuncias similarmente fundamentadas<sup>559</sup>, que las condiciones de detención del autor, según las describe, vulneran su derecho a ser tratado con humanidad y con respeto por la dignidad inherente a la persona y son contrarias por consiguiente al párrafo 1 del artículo 10<sup>560</sup>.

**Decisión.** El Comité de Derechos Humanos, considera que el Estado parte ha violado el párrafo 1 del artículo 6, a causa de la obligatoriedad de la pena de muerte; el párrafo 1

---

<sup>557</sup> Comunicación N°1520/2006, dictamen de 10 de marzo de 2010, párrafo 2.5.

<sup>558</sup> Comunicación N°1520/2006, dictamen de 10 de marzo de 2010, párrafo 3.1.

<sup>559</sup> Véanse, por ejemplo, las comunicaciones N° 908/2000, *Xavier Evans c. Trinidad y Tabago*, dictamen aprobado el 21 de marzo de 2003; y N° 1173/2003, *Abdelhamid Benhadj c. Argelia*, dictamen aprobado el 20 de julio de 2007.

<sup>560</sup> Comunicación N°1520/2006, dictamen de 10 de marzo de 2010, párrafo 6.4.

del artículo 10; el párrafo 2 del artículo 14; el párrafo 3 c) del artículo 14; el párrafo 5 del artículo 14; el artículo 6, dado que la pena de muerte se impuso en violación del derecho a un juicio con las debidas garantías; y el artículo 7, a causa del trato inhumano ocasionado por el incumplimiento de las garantías judiciales previstas en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

De manera que “de conformidad con el párrafo 3 a) del artículo 2 del Pacto, el Estado parte tiene la obligación de proporcionar al autor un recurso efectivo, que incluya la revisión de su condena con las garantías consagradas en el Pacto, así como una reparación adecuada, incluida una indemnización” y “el Estado parte tiene la obligación de evitar que se cometan violaciones semejantes en el futuro”<sup>561</sup>.

**iii) Morales Tornel v/s España. Dictamen de 20 de marzo de 2009, recaído en procedimiento iniciado por Comunicación N°1473/2006<sup>562</sup>.**

**Caso presentado.** El 17 de abril de 2006 (fecha de presentación inicial) se presenta por Isabel Morales Tornel, Francisco Morales Tornel y Rosario Tornel Roca (representados por el abogado Jose Luis Mazón Costa) por la presunta víctima Diego Morales y ellos mismos contra el Estado de España por el fallecimiento por VIH/SIDA de una persona que cumplía una pena de prisión, en vulneración del derecho a la vida y al derecho a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la familia.

Respecto del Estado Parte, el 28 de diciembre de 1994 los denunciantes formularon una petición al Ministro de Justicia e Interior por el deficiente funcionamiento de las instituciones penitenciarias, reclamando la responsabilidad patrimonial del Estado. En concreto, denunciaban la negación de traslado de la presunta víctima a la prisión de Murcia para poder ser visitado por su familia; falta de tratamiento médico adecuado; denegación de la libertad condicional por enfermedad; omisión de comunicar el agravamiento de su estado de salud a la Dirección General; y omisión de informar a la

---

<sup>561</sup> Comunicación N°1520/2006, dictamen de 10 de marzo de 2010, párrafo 7 y 8.

<sup>562</sup> Comunicación N°1473/2006, dictamen de 20 de marzo de 2009, del Comité de Derechos Humanos.

familia de la situación terminal en que se hallaba en diciembre de 1993. Por todo ello los autores solicitaban una indemnización. Sin embargo, la petición fue rechazada<sup>563</sup>.

Asimismo, los denunciantes interpusieron recurso contencioso-administrativo ante la Audiencia Nacional. En el mismo “afirmaban que se desconocía el momento en que el Sr. Morales Tornel fue declarado seropositivo, ya que a pesar de su solicitud no obra en el expediente administrativo el historial clínico y médico comprendido entre los años 1984 y 1990, de forma que incluso hubiera podido contraer la infección durante su estancia en prisión” y que “desde diciembre de 1991 a marzo de 1993 no fue sometido a ningún tipo de tratamiento médico, pruebas o controles de desarrollo de SIDA”, en circunstancias en que “no sólo había ya desarrollado SIDA sino que además había contraído dentro del centro penitenciario tuberculosis pulmonar, neumonía y una infección intestinal”<sup>564</sup>.

Los autores alegan igualmente que hay un elevado número de presos de VIH/SIDA que han fallecido en las cárceles españolas, que corresponden a enfermos que no sólo no reciben la atención médica necesaria, sino que además están particularmente expuestos al contagio de enfermedades infecciosas, lo que supone un peligro adicional para su salud. En el caso del Sr. Morales Tornel, pese a haberse diagnosticado en abril de 1989 que era seropositivo, no se inició el tratamiento antirretroviral hasta 1992<sup>565</sup>.

**Examen en cuanto al fondo.** El Comité indica que no cuenta con elementos suficientes para afirmar que se produjo una violación con arreglo al artículo 6 del Pacto. En cambio, el Comité observa que en abril de 1993 el Sr. Morales Tornel fue calificado como un enfermo incurable que sufría un grave deterioro de su estado general. En mayo de ese año el Centro Penitenciario en que se encontraba informó a la familia, quien se mostró dispuesta a acoger al enfermo en caso de que se le concediera la libertad condicional. Su estado de salud continuó deteriorándose pese a lo cual, con arreglo a los datos que figuran en el expediente, el Centro Penitenciario no volvió a ponerse en contacto con la familia. Tampoco comunicó el agravamiento del estado de salud a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, a pesar de que ésta, al negar la

---

<sup>563</sup> Comunicación N°1473/2006, dictamen de 20 de marzo de 2009, párrafo 2.12.

<sup>564</sup> Comunicación N°1473/2006, dictamen de 20 de marzo de 2009, párrafo 2.13.

<sup>565</sup> Comunicación N°1473/2006, dictamen de 20 de marzo de 2009, párrafo 3.2.

solicitud de libertad condicional el 25 de octubre de 1993, había afirmado que si se producía un agravamiento significativo se debería formular una nueva solicitud de libertad condicional con prontitud. El Centro Penitenciario tampoco informó a la familia de la última hospitalización, ocurrida el 13 de diciembre de 1993, cuando el enfermo se encontraba ya en fase terminal. La familia sólo tuvo conocimiento de la misma cuando ellos mismos trataron de ponerse en contacto con el Sr. Morales Tornel. En estas circunstancias el Comité considera que la actitud pasiva del Centro Penitenciario privó a los autores de una información que sin duda tuvo un impacto significativo en la vida familiar, pudiendo considerarse como una injerencia arbitraria en la familia y como una violación del artículo 17, párrafo 1 del Pacto. Al mismo tiempo, el Estado parte no ha demostrado que dicha injerencia fuera razonable, o compatible con los propósitos, fines y objetivos del Pacto. Habiendo llegado a la conclusión precedente, el Comité no considera necesario pronunciarse sobre la posible existencia de una violación del artículo 7, por las mismas alegaciones<sup>566</sup>.

En definitiva, el Comité determina que “el Estado parte tiene la obligación de proporcionar a los autores una reparación apropiada, incluida una indemnización adecuada a la violación producida”, al tiempo que “tiene también la obligación de evitar que se cometan violaciones similares en el futuro”. Por último, “teniendo presente que, por ser parte en el Protocolo Facultativo, el Estado parte reconoce la competencia del Comité para determinar si ha habido o no violación del Pacto y que, en virtud del artículo 2 del Pacto, el Estado parte se ha comprometido a garantizar a todos los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción los derechos reconocidos en el Pacto, el Comité desea recibir del Estado parte, en un plazo de 180 días, información sobre las medidas que haya adoptado para aplicar el presente dictamen”<sup>567</sup>.

**4.2.2.2. Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, de 1984**<sup>568</sup>. Esta Convención, al igual que el anterior Pacto, también ha tenido gran desarrollo. Entró en vigencia en 1987, de acuerdo con lo dispuesto en su

---

<sup>566</sup> Comunicación N°1473/2006, dictamen de 20 de marzo de 2009, párrafos 7.2, 7.4 y 7.5.

<sup>567</sup> Comunicación N°1473/2006, dictamen de 20 de marzo de 2009, párrafos 9 y 10.

<sup>568</sup> Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor: 26 de junio de 1987, de conformidad con el artículo 27.

artículo 27<sup>569</sup>, incluidas las disposiciones de los artículos 21 –que faculta que un Estado parte en cualquier momento reconozca la competencia del Comité contra la Tortura para recibir y examinar las comunicaciones en que un Estado Parte alegue que otro Estado Parte no cumple las obligaciones que le impone la Convención– y 22 –que faculta que un Estado parte en cualquier momento reconozca la competencia del Comité contra la Tortura para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas sometidas a su jurisdicción, o en su nombre, que aleguen ser víctimas de una violación de las obligaciones que le impone la Convención– de la Convención. Actualmente, 147 Estados han ratificado este Pacto Internacional.

Todos los Estados que han ratificado la Convención o que se han adherido a ella, se comprometen a presentar informes al Comité contra la Tortura<sup>570</sup> sobre las medidas que han adoptado para dar efecto a los compromisos contraídos en virtud de la Convención. Después del examen de los informes de los Estados, el Comité puede, de conformidad con el párrafo 3 del artículo 19 de la Convención, formular los comentarios generales acerca del informe que considere apropiados. Puede en particular señalar si le parece que el Estado de que se trata no ha cumplido determinadas obligaciones contraídas en virtud de la Convención. Los comentarios del Comité son comunicados al Estado Parte interesado, que puede a su vez presentar sus propias observaciones. Esto también se denomina procedimientos no contenciosos, cuyo repaso permitirá ver aquellas materias de especial interés para nuestra tesis.

Por su parte, al igual que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos con su Protocolo Facultativo, la Convención contra la Tortura, en su propio articulado –el artículo 22<sup>571</sup>– prevee el mecanismo de la denuncia de particulares, que reconoce a los particulares, en determinadas circunstancias, el derecho de denunciar ante el Comité la transgresión por un Estado Parte de una o más de sus disposiciones.

---

<sup>569</sup> Artículo 27: “1. La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. 2. Para cada Estado que ratifique la presente Convención o se adhiera a ella después de haber depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión, la Convención entrará en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que tal Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.”

<sup>570</sup> Véase la Parte II de la Convención para todo lo relativo al Comité contra la Tortura, artículos 17-24.

<sup>571</sup> Véase los párrafos 1-8 del artículo 22 sobre el procedimiento de denuncias de particulares.

Para que el Comité pueda recibir y examinar las comunicaciones de particulares contra Estados Partes, los Estados de que se trate deben haber reconocido expresamente su competencia en esta materia. Puede presentar una comunicación cualquier particular que afirme ser víctima de una violación de la Convención cometida por un Estado Parte que haya aceptado la competencia del Comité según lo dispuesto en el artículo 22 y que corresponda a la jurisdicción de éste. Si la presunta víctima no está en condiciones de presentar por sí misma la comunicación, pueden actuar en su nombre sus parientes o representantes. Ha tenido un gran desarrollo, lo cual será repasado en el párrafo 4.2.2.2.2.

### **Disposiciones de la Convención con mayor interés para nuestra tesis.**

“Artículo 1.

1. A los efectos de la presente Convención, se entenderá por el término “tortura” todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas”.

“Artículo 3.

1. Ningún Estado Parte procederá a la expulsión, devolución o extradición de una persona a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro de ser sometida a tortura.
2. A los efectos de determinar si existen esas razones, las autoridades competentes tendrán en cuenta todas las consideraciones pertinentes, inclusive, cuando proceda, la existencia en el Estado de que se trate de un cuadro persistente de violaciones manifiestas, patentes o masivas de los derechos humanos”.

“Artículo 11.

Todo Estado Parte mantendrá sistemáticamente en examen las normas e instrucciones, métodos y prácticas de interrogatorio, así como las disposiciones para la custodia y el tratamiento de las personas sometidas a cualquier forma de arresto, detención o prisión en cualquier territorio que esté bajo su jurisdicción, a fin de evitar todo caso de tortura”.

“Artículo 16.

1. Todo Estado Parte se comprometerá a prohibir en cualquier territorio bajo su jurisdicción otros actos que constituyan tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y que no lleguen a ser tortura tal como se define en el artículo 1, cuando esos actos sean cometidos por un funcionario público u otra persona que actúe en el ejercicio de funciones oficiales, o por instigación o con el consentimiento o la aquiescencia de tal funcionario o persona. Se aplicarán, en particular, las obligaciones enunciadas en los artículos 10, 11, 12 y 13, sustituyendo las referencias a la tortura por referencias a otras formas de trato o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

**4.2.2.2.1. Mecanismo no contencioso.** A continuación citaremos solamente algunas de las principales recomendaciones y observaciones de interés para nuestra tesis, de parte del Comité contra la Tortura, que tiene ya un largo y extenso desarrollo. Las observaciones y recomendaciones del Comité contra la Tortura serán ordenadas cronológicamente de más recientes a menos recientes.

- i) **Liechtenstein (CAT, 2010).**– Derecho en examen: Prohibición de tortura y trato cruel, inhumano o degradante; Condiciones de detención. Persona afectada: Refugiados y solicitantes de asilo.

“El Comité expresa preocupación por la información de que, debido a la limitada capacidad de acogida del Centro de Refugiados de Liechtenstein (60 personas), sumada al aumento repentino del número de solicitantes de asilo en 2009, se los ha alojado en refugios subterráneos carentes de luz natural (arts. 3, 11 y 16).

El Estado parte debería ampliar la capacidad de acogida del Centro de Refugiados, donde se ofrece a los solicitantes de asilo asistencia médica, clases de idiomas, cupones para alimentos y dinero de bolsillo, y elaborar planes para imprevistos, a fin de asegurar la disponibilidad de alojamientos alternativos en que se respeten la dignidad y los derechos de todos los solicitantes de asilo”<sup>572</sup>.

- ii) República Árabe Siria (CAT, 2010).**– Derecho en examen: Prohibición de tortura y trato cruel, inhumano o degradante; Condiciones de detención. Persona afectada: niños; personas privadas de libertad.

“El Comité, si bien observa que el Reglamento de Prisiones de la República Árabe Siria prevé la prestación de asistencia sanitaria a los presos, está preocupado por la información recibida sobre las condiciones de vida deplorables en los lugares de detención, las condiciones de hacinamiento, la falta de higiene, la alimentación insuficiente, los riesgos para la salud y la atención de salud inadecuada. El Comité también está preocupado por el hecho de que el Estado parte no separe a los menores de los adultos (arts. 11 y 16).

El Estado parte debería adoptar medidas urgentes para que las condiciones de detención en las comisarías, las prisiones y otros centros de detención estén en consonancia con las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos, en particular: a) Reduciendo el hacinamiento en las cárceles, especialmente concibiendo formas de detención no privativas de la libertad y, en el caso de niños en conflicto con la ley, velar por que la detención sólo se utilice como último recurso; b) Mejorando la alimentación y la atención médica que reciben los detenidos; c) Mejorando las condiciones de detención de los menores, cerciorándose de que están siempre separados de los adultos;(…)”<sup>573</sup>.

- iii) Austria (CAT, 2010).**– Derecho en examen: prohibición de tortura y trato cruel, inhumano o degradante; Condiciones de detención. Persona afectada: Personas privadas de libertad; refugiados y solicitantes de asilo.

---

<sup>572</sup> Documento de las Naciones Unidas CAT/C/LIE/CO/3, de 25 de mayo de 2010, párrafo 18.

<sup>573</sup> Documento de las Naciones Unidas CAT/C/SYR/CO/1, de 25 de mayo de 2010, párrafo 30.



“Preocupa al Comité la política de detención que se aplica a los solicitantes de asilo, y en particular las denuncias de que se les mantiene en centros de detención de la policía destinados a delincuentes y autores de infracciones administrativas (*Polizeianhaltezentrum– PAZ*), y que en ocasiones permanecen confinadas en sus celdas durante 23 horas diarias, sólo se les permite recibir visitas en locutorios y no tienen acceso a asistencia médica o letrada cualificada. A este respecto, el Comité lamenta la modificación del marco legislativo resultante de la última reforma de la Ley de asilo y la Ley de policía de extranjería, que entró en vigor el 1º de enero de 2006. De conformidad con el párrafo 2a del nuevo artículo 76 de la Ley de policía de extranjería, la detención de los solicitantes de asilo cuyas solicitudes estén en trámite o hayan sido rechazadas por motivos de procedimiento será obligatoria en ciertas circunstancias, esto es, cuando se considere necesario para proceder a la expulsión (art. 11).

De conformidad con las inquietudes expresadas por otros órganos internacionales y regionales de derechos humanos pertinentes, el Estado parte debería: a) Velar por que la detención de los solicitantes de asilo se emplee sólo en circunstancias excepcionales o como medida de último recurso; b) Considerar la posibilidad de aplicar medidas alternativas a la detención y poner fin a la práctica de detener a los solicitantes de asilo en centros policiales; c) Adoptar medidas inmediatas y efectivas para velar por que los solicitantes de asilo detenidos a la espera de la deportación permanezcan en centros de detención específicamente concebidos para ese propósito, que ofrezcan las condiciones materiales y el régimen apropiados a la situación jurídica de estas personas; d) Velar por que los solicitantes de asilo tengan pleno acceso a asistencia letrada gratuita y cualificada, servicios médicos adecuados y actividades ocupacionales, y disfruten de su derecho a recibir visitas”<sup>574</sup>.

- iv) Austria (CAT, 2010).**– Derecho en examen: Prohibición de tortura y trato cruel, inhumano o degradante; Discriminación contra las mujeres. Persona afectada: mujeres.

---

<sup>574</sup> Documento de las Naciones Unidas CAT/C/AUT/CO/4-5, de 20 de mayo de 2010, párrafo 16.

“Preocupan al Comité las informaciones sobre la presunta falta de privacidad y las circunstancias humillantes que constituyen tratos degradantes durante los exámenes médicos semanales obligatorios, en particular los exámenes ginecológicos, practicados en la oficina sanitaria comunal de Viena a las trabajadoras del sexo registradas, y los análisis de sangre realizados en forma periódica para detectar enfermedades de transmisión sexual (art. 16).

El Estado parte debería velar por que estos exámenes médicos se lleven a cabo en un entorno en el que se respete la privacidad y se preserve al máximo la dignidad de las mujeres sometidas a examen”<sup>575</sup>.

- v) **Zambia (CAT, 2008).**– Derecho en examen: Prohibición de tortura y trato cruel, inhumano o degradante; Condiciones de detención. Persona afectada: personas privadas de libertad.

“El Comité, aunque acoge con satisfacción la reforma de la Ley de prisiones de 2004, por la que se crea un servicio de salud en las cárceles, lo que permitiría a los servicios penitenciarios recurrir a personal médico competente para atender las necesidades de salud de los reclusos, está preocupado por la prevalencia de enfermedades como el VIH/SIDA y la tuberculosis y la elevada tasa de contagio entre los reclusos y los funcionarios de prisiones debido al hacinamiento y la falta de una atención médica adecuada (art. 16).

El Estado Parte debería agilizar la creación de servicios de salud en las prisiones y la contratación de personal médico a fin de establecer condiciones de privación de libertad que estén en consonancia con las normas internacionales”<sup>576</sup>.

- vi) **Benin (CAT, 2008).**– Derecho en examen: Prohibición de tortura y trato cruel, inhumano o degradante; Condiciones de detención. Personas afectadas: niños, personas privadas de libertad.

---

<sup>575</sup> Documento de las Naciones Unidas CAT/C/AUT/CO/4-5, de 20 de mayo de 2010, párrafo 22.

<sup>576</sup> Documento de las Naciones Unidas CAT/C/ZMB/CO/2, de 26 de mayo de 2008, párrafo 16.

“El Comité toma nota de los esfuerzos del Estado Parte para mejorar la situación penitenciaria, pero sigue profundamente preocupado por las condiciones de vida en los lugares de detención. Las informaciones recibidas por el Comité hacen referencia a hacinamiento, sobornos de los agentes de prisiones por los detenidos, falta de higiene y de alimentación adecuada, prevalencia de enfermedades, y ausencia de cuidados médicos apropiados. En los informes facilitados al Comité se señala también que los menores no están completamente separados de los adultos y que los presos preventivos no están separados de los condenados (arts. 11 y 16).

El Estado Parte debería adoptar medidas urgentes, sin esperar el establecimiento del mecanismo nacional de prevención, a fin de poner las condiciones en los centros penitenciarios en conformidad con las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos. El Estado Parte debería asignar todos los recursos materiales, humanos y presupuestarios necesarios para esta medida y dar prioridad a:

- a) La reducción del hacinamiento y del elevado número de presos preventivos;
- b) La mejora de la alimentación y la atención de la salud de los detenidos;
- c) La reorganización de las prisiones, de manera que los presos preventivos estén separados de los condenados, y la mejora de las condiciones de detención de los menores asegurando su separación de los adultos en toda circunstancia; (...)”<sup>577</sup>.

**vii) Ucrania (CAT, 2007).**– Derecho en examen: Prohibición de tortura y trato cruel, inhumano o degradante; Condiciones de detención. Persona afectada: personas privadas de libertad.

“El Comité está preocupado por las malas condiciones de detención, como el hacinamiento, y la prevalencia de VIH/SIDA y tuberculosis entre los detenidos. Las personas en detención preventiva bajo custodia de la policía se encuentran en condiciones inadecuadas para una detención prolongada y están por consiguiente en

---

<sup>577</sup> Documento de las Naciones Unidas CAT/C/BEN/CO/2, de 19 de febrero de 2008, párrafo 18.

situación de extrema vulnerabilidad. Asimismo, el Comité hace constar su preocupación por la ausencia de medidas alternativas a la detención preventiva.

El Estado Parte debe adoptar medidas eficaces para mejorar las condiciones de todos los centros de detención, reducir el hacinamiento reinante y atender las necesidades de todas las personas privadas de libertad, en particular en cuanto a la atención sanitaria se refiere, de conformidad con las normas internacionales”<sup>578</sup>.

**viii) Letonia (CAT, 2004).**– Derecho en examen: Prohibición de tortura y trato cruel, inhumano o degradante; Condiciones de detención. Personas afectadas: personas privadas de libertad.

“El Comité expresa su preocupación por las siguientes cuestiones: (...) f) El hacinamiento en las prisiones y en otros lugares de detención, teniendo en cuenta, en particular, el riesgo de esa situación para la propagación de enfermedades contagiosas”<sup>579</sup>.

**ix) Federación de Rusia (CAT, 2002).**– Derecho en examen: Prohibición de tortura y trato cruel, inhumano o degradante; Condiciones de detención. Personas afectadas: personas privadas de libertad.

“El Comité también expresa preocupación por lo siguiente:(...) g) Las lamentables condiciones de la prisión preventiva, incluida la prevalencia de tuberculosis y otras enfermedades, así como de las malas condiciones de detención sin inspecciones en el caso de la detención policial provisional, y de la cárcel de encausados, incluida la práctica de poner persianas de metal en la ventana de la celda para impedir la entrada de luz natural y la ventilación, presuntamente porque la ley prohíbe a los reclusos comunicarse entre sí”<sup>580</sup>.

---

<sup>578</sup> Documento de las Naciones Unidas CAT/C/UKR/CO/5, de 3 de agosto de 2007, párrafo 25.

<sup>579</sup> Documento de las Naciones Unidas CAT/C/CR/31/3, de 5 de febrero de 2004, párrafo 6.

<sup>580</sup> Documento de las Naciones Unidas CAT/C/CR/28/4, de 6 de junio de 2002, párrafo 6.

**4.2.2.2.2. Denuncia de particulares.** En aplicación del artículo 22 de la Convención contra la Tortura, todo Estado Parte en la presente convención podrá declarar en cualquier momento que reconoce la competencia del Comité para recibir y examinar las comunicaciones enviadas por personas sometidas a su jurisdicción, o en su nombre, que aleguen ser víctimas de una violación por un Estado Parte de las disposiciones de la Convención.

De acuerdo con el párrafo 5 del artículo 22, el Comité no examinará ninguna comunicación de una persona a menos que se haya cerciorado que: la misma cuestión no ha sido, ni está siendo, examinada según otro procedimiento de investigación o solución internacional; y que la persona ha agotado todos los recursos de la jurisdicción interna de que se pueda disponer, salvo cuando la tramitación de los mencionados recursos se prolongue injustificadamente o no sea probable que mejore realmente la situación de la persona que sea víctima de la violación de la presente Convención.

Los dictámenes seleccionados a continuación, emanados del Comité contra la Tortura, serán ordenados cronológicamente de más recientes a menos recientes.

**i) Njamba y Balikosa v/s Suecia. Dictamen de 14 de mayo de 2010 recaído en procedimiento iniciado por Comunicación N° 322/2007<sup>581</sup>:**

**Caso presentado.** Según se constata en el párrafo 1.1 del dictamen en análisis, las autoras de la comunicación son Eveline Njamba y su hija Kathy Balikosa, nacionales de la República Democrática del Congo y nacidas el 10 de abril de 1975 y el 4 de marzo de 2001, respectivamente. Son objeto de una orden de deportación de Suecia a la República Democrática del Congo. Aunque no invocan ninguna disposición concreta de la Convención, su comunicación parece plantear cuestiones en relación con el artículo 3 y posiblemente con el artículo 16 de la Convención. Están representadas por un abogado, el Sr. Manuel Boti Flid.

Cabe indicar que las autoras huyeron de la República Democrática del Congo producto de los conflictos entre milicias armadas y que había provocado el desaparecimiento de

---

<sup>581</sup> Comunicación N°322/2007, dictamen de 14 de mayo de 2010, del Comité contra la Tortura.

muchas personas incluidos varios familiares directos y habían presenciado ejecuciones, violaciones y actos de tortura. Llegaron a Suecia el 29 de marzo de 2005 y solicitaron asilo el mismo día. El 21 de marzo de 2006, su solicitud fue rechazada por la Junta de Migración, que llegó a la conclusión de que las circunstancias mencionadas por las autoras no eran suficientes para obtener el estatuto de refugiadas. La Junta consideró que no había ninguna amenaza personal para la vida de las autoras y además estimó que las autoras procedían de la provincia de Ecuador, adonde podían regresar. Las autoras recurrieron contra esa decisión y alegaron que la Sra. Njamba era VIH-positiva y que en la República Democrática del Congo no se disponía de tratamiento médico (párrafo 2.3 del dictamen). Habiendo las autoras solicitado nuevas examinaciones, en definitiva la Junta de Migración de Suecia decide no aplazar la ejecución de la orden de expulsión, lo que da lugar a la presentación de la queja por las autoras ante el Comité contra la Tortura el 11 de junio de 2007.

**Observaciones de Estado Parte (Suecia).** El Estado parte reconoce que se han agotado todos los recursos internos. Entre sus principales observaciones, el Estado recuerda que el artículo 3 es aplicable únicamente si el autor corre peligro de ser objeto de tortura, según la definición de ésta que figura en el artículo 1. En consecuencia, puesto que no puede considerarse que cualquier posible agravación del estado de salud de la Sra. Njamba después de su deportación constituya tortura según la definición del artículo 1, el Estado parte afirma que la cuestión de si la ejecución de la orden de expulsión constituiría una violación de la Convención por haberse diagnosticado que la Sra. Njamba es VIH-positiva queda fuera del ámbito del artículo 3 (párrafo 4.1).

Por otra parte, admite que la comunicación puede plantear cuestiones en relación con el artículo 16 de la Convención<sup>582</sup>. Sin embargo, recuerda la jurisprudencia anterior del Comité en el sentido de que el deterioro del estado de salud física o mental de una persona con motivo de una deportación es en general insuficiente, si no existen otros factores, para constituir un trato degradante en violación del artículo 16<sup>583</sup>. El Estado

---

<sup>582</sup> Véase, por ejemplo, comunicación N° 220/2002, *R. D. c. Suecia*, dictamen aprobado el 2 de mayo de 2005, y comunicación N° 221/2002, *M. M. K. c. Suecia*, dictamen aprobado el 3 de mayo de 2005.

<sup>583</sup> Véase, por ejemplo, comunicación N° 49/1996, *S. V. c. el Canadá*, dictamen aprobado el 15 de mayo de 2001, párrafo 9.9; comunicación N° 83/1997, *G. R. B. c. Suecia*, dictamen aprobado el 15 de mayo de 1998, párrafo 6.5; comunicación N° 220/2002, *R. D. c. Suecia*, dictamen aprobado el 2 de mayo de 2005,

parte mantiene que en el caso de las autoras no se han dado ese tipo de factores (párrafo 4.2).

Asimismo, en cuanto al riesgo personal de que las autoras sean sometidas a tortura en la República Democrática del Congo, el Estado parte señala que la autoridad nacional encargada de las entrevistas de los solicitantes de asilo se encuentra en muy buenas condiciones de evaluar la información presentada por cualquier solicitante de asilo y de apreciar la credibilidad de sus afirmaciones (párrafo 4.4).

Y por último, cabe destacar que el Estado parte invoca la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y señala que el Tribunal sólo ha considerado que hubiera una violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en circunstancias muy excepcionales, cuando la persona que debía ser expulsada se encontraba en una fase avanzada del sida y no habría podido tener tratamiento ni apoyo social ni moral en el país de destino<sup>584</sup>. El Estado parte afirma que en el presente caso no existen tales circunstancias excepcionales, toda vez que la República Democrática del Congo proporciona medicamentos antirretrovirales, en principio gratuitamente.

En cuanto al estado de salud de la Sra. Njamba, el Estado parte señala que no ha alcanzado la fase del sida ni padece ninguna enfermedad relacionada con el VIH. Su certificado médico demuestra que no necesitará medicamentos durante los próximos años (párrafo 4.7).

**Examen de admisibilidad y decisión del asunto.** Primeramente, en lo que respecta a la reclamación relativa a la expulsión de la Sra. Njamba a la luz de su condición de VIH-positiva, el Comité recordó su jurisprudencia anterior en el sentido de que la agravación del estado de salud física o mental de una persona a causa de su deportación era en general insuficiente, de no haber otros factores, para considerar que equivalía a un trato degradante en violación del artículo 16<sup>585</sup>. El Comité tomó nota de los testimonios

---

párrafo 7.2, y comunicación N° 221/2002, *M. M. K. c. Suecia*, dictamen aprobado el 3 de mayo de 2005, párrafo 7.3.

<sup>584</sup> Véase Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *D. c. el Reino Unido*, fallo de 2 de mayo de 1997, *Reports of Judgments and Decisions*, 1997-III, p. 794, párrafo 54.

<sup>585</sup> Véase comunicación N° 83/1997, *G. R. B. c. Suecia*, dictamen aprobado el 15 de mayo de 1998, párrafo 6.7; comunicación N° 183/2001, *B. S. S. c. el Canadá*, dictamen aprobado el 12 de mayo de 2004,

médicos presentados por la Sra. Njamba en los que se afirmaba que era VIH-positiva y que en la República Democrática del Congo no se disponía fácilmente de tratamiento contra el sida. Observó asimismo que en los mismos testimonios médicos se indicaba que la Sra. Njamba no necesitaba tratamiento contra el VIH. En todo caso, el Comité tomó nota de la detallada información proporcionada por el Estado parte sobre la disponibilidad de tratamiento contra el VIH en la República Democrática del Congo. En esas circunstancias, el Comité consideró que la agravación del estado de salud de la Sra. Njamba que pudiera producirse a su regreso a la República Democrática del Congo era insuficiente en sí misma para fundamentar esa reclamación, que en consecuencia consideró inadmisibile (párrafo 7.3).

Relativo al examen de la cuestión en cuanto al fondo del asunto, el Comité recuerda su Observación general N° 1 sobre el artículo 3, en la que se afirma que el Comité tiene el deber de determinar si hay razones fundadas para creer que el autor de una queja estaría en peligro de ser sometido a tortura si fuera expulsado, devuelto o extraditado; el peligro de tortura debe fundarse en razones que vayan más allá de la pura teoría o sospecha. De todos modos, no es necesario demostrar que el riesgo es muy probable. No tiene que ser muy probable, pero sí personal y presente. A este respecto, el Comité ha determinado en decisiones anteriores que el riesgo de tortura debe ser previsible, real y personal. El Comité recuerda que, aunque concede importancia considerable a los hechos establecidos por los órganos del Estado parte, puede evaluar libremente los hechos de cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias (párrafo 9.4).

En definitiva, el Comité estima que, considerando todos los factores del presente caso y evaluando las consecuencias jurídicas que los acompañan, existen razones fundadas para creer que las autoras estarían en peligro de ser sometidas a tortura si fueran devueltas a la República Democrática del Congo (párrafo 9.6) y por tanto, actuando en virtud del párrafo 7 del artículo 22 de la Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, llega a la conclusión de que la deportación de las autoras a la República Democrática del Congo constituiría una violación del artículo 3 de la Convención (párrafo 10) e insta al Estado parte a que le informe, en un plazo de

---

párrafo 10.2, y comunicación N° 245/2004, *S. S. S. c. el Canadá*, dictamen aprobado el 16 de noviembre de 2005, párrafo 7.3.



90 días a partir de la fecha de la comunicación de la presente decisión, de las medidas adoptadas en respuesta a ella (párrafo 11).

**ii) Jean Patrick Iya v/s Suiza. Dictamen de 16 de noviembre de 2007, recaído en procedimiento iniciado por Comunicación N°299/2006<sup>586</sup>.**

**Caso presentado.** El autor de la queja es el Sr. Jean Patrick Iya, ciudadano de la República Democrática del Congo nacido en 1968 y que se encuentra a la espera de ser deportado de Suiza a su país de origen. Afirma que su deportación constituiría una infracción por Suiza del artículo 3 de la Convención. Está representado por un abogado, el Sr. Guido Ehrler (párrafo 1.1). La queja fue presentada ante el Comité contra la Tortura el 26 de junio de 2006, luego de intentar los caminos judiciales correspondientes en Suiza.

De acuerdo a lo expuesto por el autor, de 1995 a 1997 trabajó como periodista en el periódico *Elima* de la República Democrática del Congo, siendo su principal función recopilar y publicar información sobre violaciones de los derechos humanos en el régimen de Mobutu y que por ello "tuvo problemas" con el régimen de Mobutu. Después de que el Presidente Kabila tomara el poder en 1997, el autor de la queja fue detenido en varias ocasiones y, a finales de 1997, se prohibió la publicación de *Elima* (párrafo 2.1). En enero de 1997, el autor se afilió al partido Unión para la Democracia y el Progreso Social (UDPS) y se le encargó la tarea de reclutar jóvenes militantes lo que derivó en que fuera detenido en enero de 1998 y confiscada su acreditación de prensa, con lo que se le impidió ejercer la profesión de periodista. De 2000 a 2002 trabajó en una organización no gubernamental (párrafo 2.2), luego organizó manifestaciones contra el régimen de Kabila y en definitiva detenido en dos ocasiones, la segunda en Tshatshi y posteriormente se le trasladó a la prisión de Makala tras haberse dictado contra él, con fecha 22 de mayo de 2003, una orden de detención provisional (párrafo 2.3).

Luego de escapar de dicha prisión, viaja con pasaporte falso a Nigeria y de Lagos viajó a Italia por avión y llegó finalmente a Suiza, donde solicitó asilo el 20 de junio de 2004.

---

<sup>586</sup> Comunicación N°299/2006, dictamen de 16 de noviembre de 2007, del Comité contra la Tortura.

En Suiza se le pidió que presentara en un plazo de 48 horas documentos que acreditaran su identidad, lo que no pudo hacer porque no consiguió ponerse en contacto con sus familiares en la República Democrática del Congo (párrafo 2.4). Al no poder acreditar adecuadamente lo exigido, se ordenó su deportación (párrafo 2.6) y el 19 de agosto de 2004, la Comisión de Recurso en Materia de Asilo (CRA) rechazó la apelación del autor (párrafo 2.7). El autor alega que su deportación de Suiza a la República Democrática del Congo infringiría las disposiciones del artículo 3 de la Convención, ya que existen motivos fundados para creer que estaría expuesto a ser sometido a tortura si regresara a su país. Señala que se dictó contra él una orden de busca y que la tortura es una práctica habitual en la República Democrática del Congo. Se remite al informe de 2005 de Amnistía Internacional como prueba de su afirmación (párrafo 3.1).

**Observaciones del Estado Parte (Suiza) y comentario del autor de queja.** En sus observaciones de 20 de febrero de 2007, el Estado Parte no impugna la admisibilidad de la comunicación. Respecto del fondo, el Estado Parte alega que el autor no ha demostrado que exista un riesgo personal, real y previsible de ser sometido a tortura si es devuelto a la República Democrática del Congo. Si bien el Estado Parte es consciente de la situación de los derechos humanos en la República Democrática del Congo, recuerda que esa situación no es en sí misma un elemento suficiente para llegar a la conclusión de que el autor estaría expuesto a tortura si fuera devuelto a su país. Recuerda además que el autor no ha presentado a las autoridades nacionales ninguna prueba que confirme los malos tratos que presuntamente sufrió durante la detención en la prisión de Gombé (párrafo 4.1). Además el Estado Parte alega que el autor de la queja no ha aportado ninguna prueba de su compromiso político ni de su presunta persecución (párrafo 4.3) y sostiene que la exposición de los hechos por el autor es por lo demás vaga y está insuficientemente fundamentada y, por lo tanto, no es creíble (párrafo 4.4).

Por su parte, en sus comentarios de 7 de septiembre de 2007, el autor de la queja recuerda la terrible situación de los derechos humanos en la República Democrática del Congo. Observa que el Comité ha denunciado que las fuerzas de seguridad siguen practicando detenciones arbitrarias sin ningún control judicial y torturando a los

detenidos<sup>587</sup> e indica que las condiciones de detención, en particular el hacinamiento, la malnutrición y la falta de atención médica, ponen en peligro la vida de los detenidos y se ha notificado la muerte de varios de ellos (párrafo 5.1).

**Decisión del Comité.** En definitiva, el Comité considera que las actividades políticas del autor de la queja y su reciente detención en la República Democrática del Congo, junto con el hecho de que se le busca en ese país, son argumentos suficientes para llegar a la conclusión de que corre un riesgo personal de ser sometido a tortura si lo devolvieran por la fuerza a la República Democrática del Congo (párrafo 6.8). En consecuencia, el Comité contra la Tortura, actuando en virtud del párrafo 7 del artículo 22 de la Convención, considera que la devolución forzada del autor de la queja a la República Democrática del Congo constituiría una violación por Suiza de los derechos enunciados en el artículo 3 de la Convención (párrafo 7) y por tanto, el Comité pide al Estado Parte que le informe, en un plazo de 90 días a partir de la fecha de transmisión de la presente decisión, de las medidas que haya adoptado en respuesta a las observaciones formuladas en párrafos anteriores (párrafo 8).

#### **4.2.3. Conflicto armado<sup>588</sup>.**

Aquí daremos repaso a aquellos principales instrumentos internacionales relativos al contexto específico del conflicto armado. Este contexto específico tiene mucha relevancia para nuestra tesis, toda vez que es precisamente en este contexto donde el control y prevención de las enfermedades infecciosas tiene mayor debilidad y, por el contrario, su propagación es mucho mayor, estando muy comprometido para una parte importante de la población el derecho a la salud, y más específicamente el derecho

---

<sup>587</sup> Documento de las Naciones Unidas CAT/C/DRC/CO/1/CRP.1, párrafo 7.

<sup>588</sup> Este contexto específico es mencionado por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Paul Hunt, en el Anexo 1 letra C numeral 9 del documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2003/58. En el contexto específico del “Conflicto armado” incorpora como instrumentos internacionales de mayor relevancia el I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, de 1949; II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, de 1949; III Convenio de Ginebra relativo al trato de prisioneros de guerra, de 1949; IV Convenio de Ginebra para protección de personas civiles en tiempo de guerra, de 1949; Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados, de 1977; y el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de 1949.

humano a la atención primaria de la salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

En el contexto específico del “Conflicto armado” los instrumentos internacionales de mayor relevancia son: el I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña, de 1949; el II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar, de 1949; el III Convenio de Ginebra relativo al trato de prisioneros de guerra, de 1949; el IV Convenio de Ginebra para protección de personas civiles en tiempo de guerra, de 1949; el Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados, de 1977; y el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de 1949.

Además, debe agregarse a ellos, de modo más reciente, los respectivos Estatutos del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda –cuya aplicación en conjunto con los instrumentos internacionales de carácter general señalados en el párrafo precedente, han generado una muy interesante jurisprudencia por parte de ambos tribunales internacionales, relevante para nuestra tesis– y el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Por tanto, en este acápite de la tesis, se revisará el importante desarrollo en actual ejecución, que a nuestro juicio implica para este contexto específico, la justicia penal internacional. A través de ésta, la persona humana está siendo sujeto pasivo de responsabilidad internacional respecto de aquellos delitos de mayor gravedad. Así desde la década del 90 del siglo pasado, se han registrado significativos avances en el derecho internacional en este ámbito, a través del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que han dado lugar a un desarrollo jurisprudencial relevante para nuestra tesis en el último tiempo, y por último, la creación de la Corte Penal Internacional, ya de carácter permanente.

#### **4.2.3.1. Algunas disposiciones de interés para el derecho a la salud.**

A continuación se indicarán algunas disposiciones de interés para el derecho a la salud en los instrumentos internacionales, sin perjuicio que al revisar el desarrollo jurisprudencial reciente del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda irán adquiriendo fuerza también otras, que en cada caso se indicarán.

#### **Artículo 3 común a los Convenios de Ginebra.**

“En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las altas Partes contratantes, cada una de las Partes contendientes tendrá la obligación de aplicar, al menos, las disposiciones siguientes:

- 1) Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, heridas, detención o por cualquiera otra causa, serán, en todas circunstancias, tratadas con humanidad, sin ningún distingo de carácter desfavorable basado en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo. A tal efecto, están y quedan prohibidos, en todo tiempo y lugar, respecto a las personas arriba aludidas :
  - a) los atentados a la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios;
  - b) la toma de rehenes;
  - c) los atentados a la dignidad personal, en especial los tratos humillantes y degradantes;
  - d) las sentencias dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo enjuiciamiento, por un tribunal regularmente constituido y dotado de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.
- 2) Los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados.

Un organismo humanitario imparcial, tal como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las Partes en conflicto.

Las Partes contendientes se esforzarán, por otro lado, por poner en vigor por vía de acuerdos especiales la totalidad o partes de las otras disposiciones del presente Convenio.

La aplicación de las disposiciones precedentes no producirá efecto sobre el estatuto jurídico de las Partes contendientes”.

#### **IV Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, de 1949<sup>589</sup>.**

##### **“Artículo 49**

(...) La Potencia ocupante deberá actuar, al efectuar tales traslados o evacuaciones, de modo que, en la medida de lo posible, las personas protegidas sean acogidas en instalaciones adecuadas, que los desplazamientos se lleven a cabo en satisfactorias condiciones de salubridad, de higiene, de seguridad y de alimentación, (...)”.

##### **“Artículo 56**

En toda la medida de sus medios, la Potencia ocupante tiene el deber de asegurar y mantener, con la colaboración de las autoridades nacionales y locales, los establecimientos y los servicios médicos y hospitalarios, así como la sanidad y la higiene públicas en el territorio ocupado, en particular tomando y aplicando las medidas profilácticas y preventivas necesarias para combatir la propagación de enfermedades contagiosas y de epidemias. Se autorizará que el personal médico de toda índole cumpla su misión”.

##### **“Artículo 76**

Las personas protegidas inculpadas quedarán detenidas en el país ocupado y, si son condenadas, deberán cumplir allí su castigo. Estarán separadas, si es posible, de los otros detenidos y sometidas a un régimen alimenticio e higiénico suficiente para

---

<sup>589</sup> Aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Entrada en vigor: 21 de octubre de 1950.

mantenerlas en buen estado de salud y correspondiente, por lo menos, al régimen de los establecimientos penitenciarios del país ocupado.

Recibirán la asistencia médica que su estado de salud requiera”.

**Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las Víctimas de los Conflictos Armados, de 1977<sup>590</sup>.**

“Artículo 8: Terminología.

Para los efectos del presente Protocolo:

e) se entiende por “unidades sanitarias” los establecimientos y otras formaciones, militares o civiles, organizados con fines sanitarios, a saber: la búsqueda, recogida, transporte, diagnóstico o tratamiento (incluidos los primeros auxilios) de los heridos, enfermos y náufragos, así como la prevención de las enfermedades. La expresión comprende, entre otros, los hospitales y otras unidades similares, los centros de transfusión de sangre, los centros e institutos de medicina preventiva y los depósitos de material sanitario, así como los almacenes de material sanitario y de productos farmacéuticos de esas unidades. Las unidades sanitarias pueden ser fijas o móviles, permanentes o temporales”.

“Artículo 12: Protección de las unidades sanitarias

1. Las unidades sanitarias serán respetadas y protegidas en todo momento y no serán objeto de ataque.
  2. El párrafo 1 se aplica a las unidades sanitarias civiles siempre que cumplan una de las condiciones siguientes:
    - a) pertenecer a una de las Partes en conflicto;
    - b) estar reconocidas y autorizadas por la autoridad competente de una de las Partes en conflicto;
    - c) estar autorizadas de conformidad con el párrafo 2 del artículo 9 del presente Protocolo o el artículo 27 del I Convenio.
- (...)”.

---

<sup>590</sup> Aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados. Entrada en vigor: 7 de diciembre de 1978 de acuerdo con el artículo 95.

“Artículo 14: Limitaciones a la requisita de unidades sanitarias civiles.

1. La Potencia ocupante tiene la obligación de asegurar que las necesidades médicas de la población civil en el territorio ocupado sigan siendo satisfechas.
2. La Potencia ocupante no podrá, por tanto, requisar las unidades sanitarias civiles, su equipo, su material y los servicios de su personal, en tanto que estos recursos sean necesarios para prestar los servicios médicos requeridos por la población civil y para continuar la asistencia médica de los heridos o enfermos que ya estén bajo tratamiento.
3. La Potencia ocupante podrá requisar los mencionados recursos siempre que continúe observando la regla general prevista en el párrafo 2 y bajo las condiciones particulares siguientes:
  - a) que los recursos sean necesarios para el tratamiento médico inmediato y apropiado de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas de la Potencia ocupante o de los prisioneros de guerra;
  - b) que la requisita se mantenga únicamente mientras exista dicha necesidad; y
  - c) que se adopten disposiciones inmediatas para que se continúe atendiendo las necesidades médicas de la población civil, así como las de los heridos y enfermos bajo tratamiento, afectados por la requisita”.

“Artículo 16: Protección general de la misión médica

(...) 3. Ninguna persona que ejerza una actividad médica podrá ser obligada a dar a nadie que pertenezca a una Parte adversa, o a su propia Parte, salvo lo que disponga la ley de esta última Parte, información alguna sobre los heridos y los enfermos que esté o hayan estado asistidos por esa persona cuando, en su opinión, dicha información pudiera ser perjudicial para los interesados o para sus familiares. *No obstante, deberán respetarse las prescripciones sobre declaración obligatoria de enfermedades transmisibles”.*

“Artículo 55: Protección del medio ambiente natural

1. En la realización de la guerra se velará por la protección del medio ambiente natural contra daños extensos, duraderos y graves. Esta protección incluye la prohibición de emplear métodos o medios de hacer la guerra que hayan sido



concebidos para causar o de los que causen tales daños al medio ambiente natural, comprometiendo así la salud o la supervivencia de la población.

(...)”.

**Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, de 1949<sup>591</sup>.**

**“Artículo 5 – Personas privadas de libertad**

(...) (b) las personas a que se refiere el presente párrafo recibirán, en la misma medida que la población local, alimentos y agua potable y disfrutarán de garantías de salubridad e higiene y de protección contra los rigores del clima y los peligros del conflicto armado; (...) (e) no se podrán en peligro su salud ni su integridad física o mental, mediante ninguna acción u omisión injustificadas. Por consiguiente, se prohíbe someter a las personas a que se refiere el presente artículo a cualquier intervención médica que no esté indicada por su estado de salud y que no esté de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a las personas no privadas de libertad”.

**“Artículo 17: Prohibición de los desplazamientos forzados**

1. No se podrá ordenar el desplazamiento de la población civil por razones relacionadas con el conflicto a no ser que así lo exijan la seguridad de las personas civiles o razones militares imperiosas. Si tal desplazamiento tuviera que efectuarse, se tomarán todas las medidas posibles para que la población civil sea acogida en condiciones satisfactorias de alojamiento, salubridad, higiene, seguridad y alimentación”.

**4.2.3.2. El sobrevenimiento de los tribunales penales internacionales.**

Villán Durán<sup>592</sup>, al referirse a la subjetividad pasiva del individuo, indica que “esa incipiente subjetividad internacional del individuo se refuerza con la plena

---

<sup>591</sup> Aprobado el 8 de junio de 1977 por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados. Entrada en vigor: 7 de diciembre de 1978, de acuerdo con el artículo 95.

<sup>592</sup> VILLAN DURAN, Carlos, Op. Cit., p. 500.

responsabilidad que el DI<sup>593</sup> le imputa si viola determinadas normas internacionales de ius cogens que prohíben el genocidio, el apartheid, la discriminación racial, la tortura o la comisión de crímenes contra la humanidad o de guerra”, para luego pronosticar que “se han dado en los últimos años pasos muy significativos y rápidos que permiten augurar una aceleración en el proceso que debería culminar en el futuro en la consideración de la persona humana como un sujeto a parte entera del DI, a la par de los Estados”.

Sin duda que se ha avanzado mucho en la subjetividad pasiva del individuo y una gran contribución a ese fin han significado la instalación primero del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, luego del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, y por último la creación ya con carácter permanente de la Corte Penal Internacional, cuyos respectivos Estatutos –que analizaremos a continuación– contemplan determinados crímenes de guerra, considerados de mayor gravedad, sobre los cuales ejercen competencia.

Respecto de su creación, dos de ellos –el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda–, con competencia para enjuiciar a los presuntos responsables (individuos) de crímenes de guerra cometidos en el territorio de la antigua Yugoslavia y en Ruanda, respectivamente, nacen por la vía extra-convencional. Es decir, no por tratados internacionales, sino que por resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en el marco del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, usando sus facultades para adoptar medidas coercitivas en casos de violaciones masivas de los derechos humanos que amenazan la paz y la seguridad internacionales.

Por su parte, la Corte Penal Internacional tiene origen convencional. En efecto, la Comisión de Derecho Internacional (CDI) redactó un proyecto de convención que fue la base del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) permanente, aprobado el 17 de julio de 1998, en el marco de una Conferencia diplomática de plenipotenciarios, que entró en vigor el 1 de julio de 2002, teniendo la CPI jurisdicción en todos los

---

<sup>593</sup> Derecho Internacional.

Estados Partes para juzgar crímenes internacionales cometidos por individuos, con independencia de su función, sean o no representantes de los Estados.

**Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y Ruanda.** Especialmente importante ha resultado la generación de jurisprudencia en este contexto específico del conflicto armado, de parte de estos dos tribunales. Cada uno va a servir como precedentes de vital importancia, toda vez que aplicarán a situaciones diferentes. Por una parte, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia le ha dado aplicación fundamentalmente a la normativa relativa a conflictos armados de carácter internacional y, por la otra, la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda resulta especialmente relevante en aplicación de la normativa relativa a conflictos armados de carácter interno.

Por tanto, la importancia de ambas es de gran trascendencia y perfectamente complementaria. Aquí la población vulnerable es una parte importante de la población, y en especial los refugiados –aquellos que traspasan las fronteras de un Estado nacional– y los desplazados internos –aquellos que no traspasan las fronteras del Estado–, siendo estos últimos, en los conflictos actuales, un número cada vez mayor.

La Jurisprudencia que emana de ambos tribunales y que se encuentra en plena ejecución con importantes fallos dictados recientemente, es especialmente importante para el derecho a la salud, y concretamente para el derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

**Diferencias entre uno y otro.**– El Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que actúan en relación con las situaciones a raíz de las cuales fueron creados, pueden condenar a personas por *crímenes de guerra* (infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 o «violaciones de las leyes o prácticas de guerra», en el caso del Tribunal para la ex Yugoslavia; violaciones del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra o del Protocolo Adicional II de 1977, en el caso del Tribunal para Ruanda), *crímenes de lesa humanidad* y *genocidio*.

Así, a diferencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, el Tribunal Penal Internacional para Ruanda tiene competencia para investigar las violaciones del Protocolo Adicional II a pesar de que, en su conjunto, todavía no se considera reconocido universalmente como parte del DI consuetudinario<sup>594</sup>.

**4.2.3.2.1. Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (TPIYUG).—** Como se anticipara previamente, tiene origen extra-convencional, por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, el cual decide, en 1993, la creación del “Tribunal Internacional para el enjuiciamiento de los presuntos responsables de las violaciones graves del derecho internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia entre el 1 de enero de 1991 y una fecha que determinará el Consejo una vez restaurada la paz”<sup>595</sup>.

De acuerdo con Villán Durán, “en tanto que creación del CS<sup>596</sup>, el TPIYUG es un organismo subsidiario del mismo en el sentido del artículo 29 de la Carta”, aclarando en todo caso que “no obstante, en el ejercicio de sus funciones judiciales el TPIYUG goza de independencia, por lo que no está sujeto a la autoridad o control del CS en esa materia” y en cuanto a su competencia, esta “se trata de enjuiciar violaciones del DIH<sup>597</sup> contenido en normas convencionales y consuetudinarias internacionales”<sup>598</sup>.

En definitiva, el Estatuto identificó como derecho consuetudinario aplicable a los conflictos armados el contenido de los Convenios de Ginebra de 1949 para la protección de las víctimas de guerra; la Cuarta Convención de la Haya relativa a las leyes y usos de la guerra terrestre y Reglamento anexo, de 18 de octubre de 1907; la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, de 9 de diciembre de 1948, y el Estatuto del Tribunal Militar Internacional de 8 de agosto de 1945 (art. 1 del Estatuto).

---

<sup>594</sup> VILLAN DURAN, Carlos, Op. Cit., p. 530.

<sup>595</sup> Véase la Resolución 808 (1993) y 827 (1993) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, aprobadas, respectivamente, el 22 de febrero y el 25 de mayo de 1993; y el Estatuto del TPIYUG, igualmente aprobado por el Consejo de Seguridad por la Resolución 827 (1993).

<sup>596</sup> Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

<sup>597</sup> Derecho Internacional Humanitario.

<sup>598</sup> VILLAN DURAN, Carlos, Op. Cit., pp. 525-526.

**4.2.3.2.1.1. Estatuto del TPIYUG.** La misión de este Tribunal es juzgar a los presuntos responsables de violaciones del derecho humanitario internacional; procurar justicia a las víctimas; evitar crímenes futuros; y contribuir a la restauración de la paz promoviendo la reconciliación en la ex Yugoslavia. Así, los delitos que persigue y trata este Tribunal son: Graves violaciones a las Convenciones de Ginebra de 1949; violaciones al derecho o costumbre internacionales de guerra; Genocidio; Crímenes contra la humanidad.

La jurisdicción del Tribunal se limita a los crímenes mencionados que hayan sido cometidos desde 1991 en el territorio de la ex Yugoslavia. Asimismo, su jurisdicción se aplica sólo a personas y no a organizaciones, partidos políticos, entidades administrativas u otras entidades legales. Para nuestra tesis, destacan las siguientes disposiciones del Estatuto:

→ conforme al artículo 2º del Estatuto del TPIYUG, el tribunal tiene el poder de juzgar y sancionar, con base en los Convenios de Ginebra, actos tales como: matar intencionalmente, tortura, tratos inhumanos, incluyendo experimentos biológicos; *infligir deliberadamente graves sufrimientos o atentar contra la integridad física o la salud; destrucción masiva y apropiación de bienes no justificadas por necesidad militar, y llevadas a cabo ilícita y arbitrariamente*; obligar a los prisioneros de guerra o a civiles a servir en las fuerzas de una potencia enemiga; privar deliberadamente a un prisionero de guerra o a un civil del derecho a un juicio justo y regular; deportación ilegal o traslado y encierro ilícito de civiles, así como la toma de civiles como rehenes.

→ conforme al artículo 3º del Estatuto del TPIYUG, éste tiene el poder de juzgar a personas que hayan cometido violaciones a las leyes y costumbres de guerra; actos tales como: utilización de armas ponzoñosas o de otro tipo que causen sufrimientos innecesarios; destrucción deliberada de ciudades, pueblos o villas; devastación no justificada por necesidad militar; atacar o bombardear, por cualquier medio, ciudades, aldeas, pueblos o edificios que no estén defendidos; toma, destrucción o daño deliberado hecho a edificios dedicados al culto religioso, la beneficencia y la educación, las artes y ciencias, monumentos históricos y obras de arte y ciencia, al igual que el saqueo de propiedad pública y privada.

→ Conforme al artículo 4º del estatuto del tribunal, éste puede procesar a personas por haber cometido **genocidio**<sup>599</sup>.

→ Conforme al artículo 5º el TPIYUG también está facultado a juzgar a los posibles responsables de cometer crímenes contra la humanidad en un conflicto armado, independientemente de su carácter nacional o internacional, y que los crímenes hayan sido dirigidos contra población civil<sup>600</sup>.

**4.2.3.2.1.2. Jurisprudencia de interés para tesis.**– A continuación se indicarán extractos de sentencias<sup>601</sup> que dan aplicación a distintas figuras de crímenes contempladas en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia, de gran interés para nuestra tesis.

**4.2.3.2.1.2.1. Aplicación Artículo 2c) del Estatuto.** Esto es, “Causar deliberadamente gran sufrimiento o lesiones graves al cuerpo o a la salud”:

**i) Simic, Tadic y Zaric (Sala de Primera Instancia), 17 de octubre de 2003, párrafo**

**54:** “El Tribunal sostuvo que un ataque a las ciudades, pueblos o villas es análogo a un ‘ataque o bombardeo, por cualquier medio, a pueblos, villas, moradas o edificaciones indefensas’, y por lo tanto, constituye ‘una violación a las leyes o costumbres de guerra enumerados bajo el artículo 3 (c) del Estatuto’. Como una violación a las leyes o costumbres de guerra conforme al artículo 3 del Estatuto, el

---

<sup>599</sup> Definido en el Estatuto como actos cometidos con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal. Tales actos comprenden asesinato de miembros del grupo; lesión grave física o mental a los miembros del grupo; *sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial*; imposición de medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo, y traslado por la fuerza de niños del grupo a otro. Conforme a estas conductas, los siguientes actos serán punibles: genocidio, conspiración a cometer genocidio, incitación directa y pública a cometer genocidio, intento de cometer genocidio, así como la complicidad.

<sup>600</sup> Entre los actos proscritos se encuentran: el asesinato, exterminio, esclavitud, deportación, prisión ilícita, tortura, violación, *persecución fundada en motivos políticos, raciales o religiosos*, y *otros actos inhumanos*.

<sup>601</sup> Revisión de sentencias del TPIYUG se basa en extractos contenidos en: HUMAN RIGHTS WATCH, *Genocidio, Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad: compendio temático sobre jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia*, 1ª edición electrónica, México, Universidad Iberoamericana, 2010.

ataque ‘debe haber causado muertes y/o lesiones corporales graves en la población civil o daño a los bienes civiles’”.

**ii) Kordic y Cerkez (Sala de Primera Instancia), 26 de febrero de 2001, párrafo 245:** “[E]l delito de causar deliberadamente gran sufrimiento o lesiones graves corporales o a la salud constituye un acto u omisión intencional que causa lesión, sufrimiento físico o mental graves, en el razonamiento de que el nivel requerido de sufrimiento o lesión pueda demostrarse”. “Como con todos los delitos imputados conforme al artículo 2 del Estatuto, existe el requisito adicional de que los actos deben haberse dirigido contra una ‘persona protegida’”.

**Kordic y Cerkez (Sala de Primera Instancia), 26 de febrero de 2001, párrafo 245:** “Este delito [de causar deliberadamente gran sufrimiento o lesiones graves al cuerpo o a la salud] se distingue del trato inhumano en que requiere demostrar una lesión mental o física grave. Por lo tanto, los actos en los que el daño resultante se relaciona solamente a la dignidad humana de una persona, no están incluidos dentro de este delito”.

**iii) Blaskic (Sala de Primera Instancia), 3 de marzo de 2000, párrafo 156:** “Este delito [de causar deliberadamente gran sufrimiento o lesiones graves al cuerpo o a la salud] es un acto u omisión intencional que consiste en causar gran sufrimiento o graves lesiones al cuerpo o a la salud, incluyendo a la salud mental. Esta categoría de delitos incluye aquellos actos que no cumplen con las condiciones para ser caracterizados como tortura, aunque existan actos de tortura que puedan también caber dentro de la definición dada. Un análisis de la expresión ‘deliberadamente causar gran sufrimiento o lesión grave al cuerpo o la salud’ indica que es un solo delito cuyos elementos se señalan como opciones alternativas.”

**iv) Naletilic y Martinovic (Sala de Primera Instancia), 31 de marzo de 2003, párrafos 340–341:** “El comentario al artículo 147 del Convenio de Ginebra IV describe el delito de deliberadamente causar gran sufrimiento, refiriéndose al sufrimiento que es infringido sin un propósito a la vista, por el que se llevan a cabo torturas o experimentos biológicos. Podría ser infringido por otras motivaciones tales como castigo, venganza o sadismo, y podría también cubrir sufrimiento moral. Al

describir las lesiones graves al cuerpo o a la salud se establece que el concepto usualmente utiliza como criterio de gravedad la duración del tiempo en que la víctima queda incapacitada para trabajar”. “Este delito incluye aquellos actos que no cumplen con la condición señalada para tortura, a pesar de que haya actos de tortura que también encajen en la definición dada [...]. “[E]l daño grave no necesita ser permanente o irremediable, pero debe involucrar daño que va más allá de la humillación, vergüenza o infelicidad temporal. Debe ser un daño que resulte en una desventaja seria y a largo plazo para la aptitud que tiene una persona de llevar una vida normal y constructiva””.

**4.2.3.2.1.2.2. Aplicación Artículo 2 d) del Estatuto.** Esto es, “la destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por necesidad militar y ejecutadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente”:

**i) Brdjanin (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párrafos 584–585:** “La destrucción y apropiación de bienes que no está justificada por necesidad militar y es llevada a cabo a gran escala, ilícita y arbitrariamente constituye una grave violación conforme al artículo 2 (d) del Estatuto. Este sólo artículo combina dos actos separados: (i) la destrucción de bienes y (ii) la apropiación de bienes”. “El artículo 2(d) se basa en el artículo 147 del Convenio de Ginebra IV, que sanciona como violación grave la destrucción y apropiación de bienes, protegido por la Convención, que no está justificada por necesidad militar y que se lleva a cabo a gran escala, ilícita y arbitrariamente.”

**Brdjanin (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párrafo 586:** “Se protegen dos tipos de bienes conforme al artículo 2 (d):

1. los bienes muebles o inmuebles en el territorio ocupado, pertenecientes individual o colectivamente a personas privadas o al Estado, o a otras autoridades públicas o a organizaciones sociales o cooperativas (excepto cuando dicha destrucción sea absolutamente necesaria para operaciones militares);
2. los bienes que cuentan con la protección general conforme a los Convenios de Ginebra de 1949 independientemente de su ubicación”.

**Brdjanin (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párrafo 587:** “La destrucción y apropiación debe ser masiva. Sin embargo, *un incidente aislado, tal*



*como la destrucción de un hospital civil, excepcionalmente puede ser suficiente para constituir el delito”.*

**Brdjanin (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párrafo 588:** “La prohibición de destrucción de propiedad situada en territorio ocupado está sujeta a una reserva importante. No aplica en casos ‘en que dicha destrucción es considerada absolutamente necesaria por las operaciones militares’”.

**Brdjanin (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párrafo 589:** “Con respecto al requisito de mens rea<sup>602</sup> respecto a la destrucción de los bienes, el perpetrador debe haber actuado con la intención de destruir los bienes protegidos o en imprudente indiferencia respecto a la posibilidad de su destrucción”.

**ii) Naletilic y Martinovic (Sala de Primera Instancia), 31 de marzo de 2003, párrafo 577:** “[S]e ha cometido un delito conforme al artículo 2(d) del Estatuto cuando:

- i) se cumplen los requisitos generales del artículo 2 del Estatuto;
- ii) los bienes fueron destruidos a gran escala;
- iii) esta destrucción masiva es respecto de los bienes que cuentan con protección general conforme a los Convenios de Ginebra de 1949; o la destrucción masiva, que no era absolutamente necesaria por operaciones militares, con respecto a los bienes situados en el territorio ocupado;
- iv) el perpetrador actuó con la intención de destruir los bienes o con imprudente indiferencia respecto a la posibilidad de su destrucción”.

**Naletilic y Martinovic (Sala de Primera Instancia), 31 de marzo de 2003, párrafo 575:** “[S]e protegen dos tipos de bienes bajo el régimen de violación grave: i) bienes, independientemente de que se encuentren o no en un territorio ocupado, que conllevan una protección general conforme a los Convenios de Ginebra de 1949, *tales como hospitales civiles, ambulancias y aviones médicos* y ii) bienes protegidos conforme al artículo 53 del Convenio de Ginebra IV, que sean muebles o inmuebles y se encuentren situados en el territorio ocupado, cuando la destrucción no fuera absolutamente necesaria para las operaciones militares”.

**Naletilic y Martinovic (Sala de Primera Instancia), 31 de marzo de 2003, párrafo 576:** “La Sala sostiene que el artículo 2(d) del Estatuto requiere que la

---

<sup>602</sup> Se refiere a “mente culpable”.

destrucción sea masiva independientemente de que el bien se caracterice por contar con protección general o se encuentre protegido por estar situado en territorio ocupado. Un acto único puede, en circunstancias excepcionales, ser interpretado como requisito suficiente de gran escala, como por ejemplo, *el bombardeo de un hospital*”.

**iii) Kordic y Cerkez (Sala de Primera Instancia), 26 de febrero de 2001, párrafo**

**341:** “[E]l delito de destrucción masiva de bienes como una violación grave, contiene los siguientes elementos, ya sea:

(i) Cuando el bien destruido es del tipo al que se le otorga protección general conforme a los Convenios de Ginebra de 1949, independientemente de que esté situado o no en territorio ocupado; y el perpetrador haya actuado con la intención de destruir los bienes en cuestión o con imprudente indiferencia respecto a la posibilidad de su destrucción; o

(ii) Cuando los bienes destruidos reciben la protección de los Convenios de Ginebra debido a su ubicación en el territorio ocupado; y la destrucción ocurra a gran escala; y

(iii) Cuando la destrucción no se justifique por necesidad militar y el perpetrador haya actuado con la intención de destruir los bienes en cuestión o con imprudente indiferencia respecto a la posibilidad de su destrucción”.

**iv) Kordic y Cerkez (Sala de Apelaciones), 17 de diciembre de 2005, párrafo 686:**

“‘La necesidad militar’ ya ha sido definida en el artículo 14 del Código de Lieber del 24 de abril de 1863, como: la necesidad de dichas medidas que son indispensables para asegurar los fines de la guerra, y que son lícitos de acuerdo al derecho y usos modernos de la guerra. Se deduce que la aplicación innecesaria o a gran escala de la fuerza se encuentra prohibida y que ‘uno de los beligerantes puede aplicar solamente aquella cantidad y tipo de fuerza que sea necesaria para derrotar al enemigo’. Este principio es, por ejemplo, la base para la prohibición o el empleo de armas, proyectiles o material que se calcula causa sufrimiento innecesario (artículo 23[e] de la Convención de La Haya IV)”.

v) **Blaskic (Sala de Primera Instancia), 3 de marzo de 2000, párrafo 157:** “Para constituir una violación grave, la destrucción injustificada por necesidad militar debe ser masiva, ilícita y arbitraria. La noción de ‘masiva’ se evalúa de acuerdo a los hechos del caso –*un acto aislado, tal como la destrucción de un hospital, puede ser suficiente para caracterizar a un delito conforme a este cargo*–”.

**Blaskic (Sala de Primera Instancia), 3 de marzo de 2000, párrafo 157:** “Está prohibido que una fuerza de ocupación destruya bienes muebles e inmuebles salvo cuando dicha destrucción sea absolutamente necesaria por las operaciones militares”.

**4.2.3.2.1.2.3. Aplicación Artículo 3 b) del Estatuto.** Esto es, “destrucción a gran escala de ciudades, pueblos y villas, o devastación no justificada por necesidad militar”:

i) **Brdjanin (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párrafo 591:** “La destrucción a gran escala de ciudades, pueblos o villas, o la devastación no justificada por necesidad militar, constituye una violación a las leyes y costumbres de la guerra según el artículo 3 (b) del Estatuto. El artículo 3 (b) del Estatuto se basa en el artículo 23 (g) del Reglamento de La Haya, que prohíbe la destrucción o confiscación innecesaria de bienes del enemigo, salvo que sea ‘imperativamente demandado por las necesidades de la guerra’.

**Brdjanin (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párrafo 592:** “El artículo 3(b) del Estatuto es de ámbito amplio, protege todos los bienes ubicados en el territorio involucrado en una guerra, incluyendo los localizados en territorio enemigo. La protección que se concede bajo el artículo 3(b) del Estatuto está, sin embargo, limitada por la excepción de necesidad militar. Está prohibida la destrucción o devastación de bienes ubicados en el territorio involucrado en una guerra, salvo cuando ello se justifica por necesidad militar”.

**Brdjanin (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párrafo 593:** “Con respecto al mens rea<sup>603</sup> requerido para tipificar la destrucción o devastación de bienes conforme al artículo 3(b), la jurisprudencia de este Tribunal es consistente. La destrucción o devastación debe haber sido perpetrada intencionalmente con conocimiento y voluntad del resultado proscrito, o en imprudente indiferencia respecto a la probable destrucción o devastación”.

---

<sup>603</sup> Se refiere a “mente culpable”.

**ii) Kordic y Cerkez (Sala de Apelaciones), 17 de diciembre de 2004, párrafo 76:**

“La destrucción a gran escala de ciudades, pueblos y villas, o la devastación que no justificada por necesidad militar, es una violación a las leyes y costumbres de la guerra reconocidas por el artículo 3(b) del Estatuto, cubierto por el artículo 6(b) de la Carta de Núremberg. Esta disposición se reformula en el Principio 6 de los principios de Núremberg. Se refiere a crímenes de guerra que ya están cubiertos en los artículos 46, 50, 53 y 56 del Reglamento de La Haya, aplicable a los casos de ocupación. Sin embargo, la violación en cuestión es definida más limitadamente que en el artículo 23(g) del Reglamento de La Haya, que señala que está específicamente prohibido ‘destruir [...] bienes del enemigo, salvo que dicha destrucción [...] sea imperativamente demandada por las necesidades de la guerra’. El Reporte del Secretario General manifiesta que el instrumento anterior y el Reglamento anexo al mismo se han convertido, sin duda alguna, en parte del derecho internacional consuetudinario. A fortiori, no existe duda de que el delito que se contempla por el artículo 3(b) del Estatuto *era parte del derecho internacional consuetudinario* en el momento en que supuestamente fue cometido”.

**Kordic y Cerkez (Sala de Apelaciones), 17 de diciembre de 2004, párrafo 74:**

“La Sala de Primera Instancia establece los elementos específicos del crimen [de destrucción a gran escala no justificada por necesidad militar]: La Sala de Primera Instancia considera que los elementos que constituyen el delito de destrucción a gran escala no justificada por necesidad militar, que se imputa conforme al artículo 3(b) del Estatuto se cumplen cuando:

- (i) la destrucción del bien ocurre a gran escala;
- (ii) la destrucción no está justificada por necesidad militar; y
- (iii) el perpetrador actuó con intención de destruir el bien en cuestión o con temeraria indiferencia respecto a la probabilidad de su destrucción.

La Sala de Primera Instancia observa que, mientras que los bienes situados en el territorio enemigo no se encuentran protegidos por los Convenios de Ginebra, y por lo tanto no están incluidos en el delito de destrucción a gran escala de bienes señalada como infracción grave a los Convenios de Ginebra, la destrucción de dichos bienes se encuentra penalizada bajo el artículo 3 del Estatuto”.

**iii) Kordic y Cerkez (Sala de Apelaciones), 17 de diciembre de 2005, párrafo 686:**

“La ‘Necesidad militar’ ya ha sido definida en el artículo 14 del Código de Lieber del 24 de abril de 1863 como: la necesidad de aquellas medidas que son indispensables para asegurar los fines de la guerra, y que son lícitos de acuerdo al derecho y usos modernos de la guerra. De ahí que la aplicación de fuerza innecesaria o a gran escala está prohibida y que ‘un beligerante puede aplicar sólo la cantidad y clase de fuerza necesarias para derrotar al enemigo’. Este principio es, por ejemplo, la base para la prohibición del empleo de armas, proyectiles o material calculado para causar sufrimiento innecesario (artículo 23[e] de la Convención de La Haya IV)”.

**iv) Strugar (Sala de Primera Instancia), 31 de enero de 2005, párrafo 291:**

“El artículo 3(b) codifica dos delitos: ‘destrucción a gran escala de ciudades, pueblos o villas, o devastación no justificada por necesidad militar’. Solamente el último se imputa en el caso presente. Desde un punto de vista lingüístico, el significado de ambos términos, ‘devastación’ y ‘destrucción’, es prácticamente idéntico. Además, los dos delitos han sido considerados juntos por diversos instrumentos de derecho internacional humanitario. Por lo menos dentro del contexto de este caso, que se refiere a la destrucción de edificaciones en la Vieja Ciudad de Dubrovnik, la Sala considera apropiado equiparar los dos delitos, no obstante que reconoce que en otros contextos, por ejemplo, dejar que se pierdan las cosechas o los bosques, el delito de devastación puede tener una aplicación mucho más amplia”.

**Strugar (Sala de Primera Instancia), 31 de enero de 2005, párrafos 292–293:**

“Mientras que el crimen de ‘devastación no justificada por necesidad militar’ ha sido tratado rara vez dentro de la jurisprudencia del Tribunal, los elementos del delito de destrucción ‘a gran escala no justificada por necesidad militar’ fueron identificados por la Sala de Primera Instancia en el caso Kordic, y recientemente sostenidos por la Sala de Apelaciones en este mismo caso, de la siguiente forma:

- (i) la destrucción del bien ocurre a gran escala;
- (ii) la destrucción no está justificada por una necesidad militar; y
- (iii) el perpetrador actuó con la intención de destruir el bien en cuestión, o con temeraria indiferencia respecto a la probabilidad de su destrucción”.

“Por lo menos dentro del contexto de este juicio, esta definición parece igualmente aplicable a la devastación. La Sala adoptará esta definición, con las adaptaciones

apropiadas para reflejar la ‘devastación’, por el delito de ‘devastación no justificada por necesidad militar’”.

**Strugar (Sala de Primera Instancia), 31 de enero de 2005, párrafo 294:**

“Volviendo al primer elemento, es decir, a que la devastación ocurrió ‘a gran escala’, la Sala es de la opinión de que, en tanto que este elemento requiere demostrar que una cantidad considerable de bienes fueron dañados o destruidos, no se requiere la destrucción total de una ciudad, pueblo o villa”.

**Strugar (Sala de Primera Instancia), 31 de enero de 2005, párrafo 295:**

“El segundo requisito es que el acto ‘no esté justificado por necesidad militar’. La Sala es de la opinión de que la necesidad militar puede ser útilmente definida para efectos presentes, con referencia a la definición, ampliamente reconocida, de objetivos militares del artículo 52 del Protocolo Adicional I, como ‘aquellos objetivos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o uso constituyan una aportación efectiva a la acción militar y cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización, en las circunstancias prevalecientes en el momento, ofrecen una ventaja militar definitiva’. El que se pueda lograr una ventaja militar, debe ser decidido, como lo sostuvo la Sala de Primera Instancia en el caso Galic, desde la perspectiva de la ‘persona que contempla el ataque, incluyendo la información disponible para este último, de que el objeto está siendo empleado para realizar una contribución efectiva a la acción militar’. En otras palabras, cada caso debe ser determinado según sus hechos. Recordando sus fallos anteriores de que no existían objetivos militares en la Vieja Ciudad de Dubrovnik el 6 de diciembre de 1991, la Sala es de la opinión de que de los hechos de este caso no se desprende la cuestión de proporcionalidad en la determinación de la necesidad militar”.

**Strugar (Sala de Primera Instancia), 31 de enero de 2005, párrafo 296:**

“De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal, el mens rea<sup>604</sup> requerido para tipificar la comisión de un crimen conforme al artículo 3(b) se cumple cuando el perpetrador actuó ya sea con la intención directa o indirecta, la última necesita el respectivo conocimiento de que la devastación era una consecuencia probable de sus actos”.

**Strugar (Sala de Primera Instancia), 31 de enero de 2005, párrafo 297:**

“[L]os elementos del delito de ‘devastación no justificado por necesidad militar’, por lo menos dentro del presente contexto, pueden ser expresados como: (a) destrucción o

---

<sup>604</sup> Se refiere a “mente culpable”.

daño de la propiedad a gran escala; (b) la destrucción o daño no justificada por necesidad militar; y (c) el perpetrador actuó con la intención de destruir o dañar el bien o con el conocimiento de que dicha destrucción o daño era una consecuencia probable de sus actos”.

**v) Blaskic (Sala de Primera Instancia), 3 de marzo de 2000, párrafo 183:**

“Semejante a la violación grave que constituye parte del artículo 2(d) del Estatuto, la devastación de bienes está prohibida salvo cuando pueda ser justificada por necesidad militar. Así que para ser punible, la devastación debe haber sido perpetrada intencionalmente, o haber sido la consecuencia previsible de los actos del acusado”.

**vi) Jokic–Miodrag (Sala de Primera Instancia), 18 de marzo de, 2004, párrafo 45:**

“Dos delitos, que se encuentran entre los que Miodrag Jokic se ha declarado culpable, devastación no justificada por necesidad militar y ataque ilícito a objetivos civiles, son en el caso presente delitos muy graves, en vista de la destrucción que el bombardeo de un día causó a la Vieja Ciudad [de Dubrovnik] y sus consecuencias duraderas. Conforme al acuerdo de Declaración de Culpabilidad, fueron destruidos seis edificios de la Vieja Ciudad de Dubrovnik y muchos edificios más sufrieron daños. ‘Cientos, cientos, tal vez hasta mil proyectiles’ golpearon la Vieja Ciudad de Dubrovnik el 6 de diciembre de 1991”.

**4.2.3.2.1.2.4. Aplicación Artículo 4 (2)(c) del Estatuto.** Esto es, “sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que dé lugar a su destrucción física, total o parcial”:

**i) Brdjanin (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párrafo 692:** “El grupo que es sometido a estas condiciones debe ser un grupo protegido según los términos de la Convención sobre Genocidio. Tales condiciones deben estar calculadas para lograr la destrucción física, total o parcial del grupo seleccionado como objetivo y ser infringidas al grupo deliberadamente”.

**ii) Stakic (Sala de Primera Instancia), 31 de julio de 2003, párrafo 518:** “La Sala de Primera Instancia en el caso Akayesu<sup>605</sup> sostuvo que la expresión [calculado para lograr su destrucción física] ‘debe ser interpretada como los métodos de destrucción mediante los que el perpetrador no asesina inmediatamente a los miembros del grupo, sino que persigue ultimadamente su destrucción física’. El elemento de destrucción física es inherente a la misma palabra genocidio, que se deriva del griego ‘genos’ que significa raza o tribu y del latín ‘caedere’ significando matar. También debe recordarse que el genocidio cultural, distinto del genocidio físico y biológico, quedó específicamente excluido de la Convención sobre Genocidio. La Comisión de Derecho Internacional ha comentado: Como se demuestra claramente en los trabajos preparatorios de la Convención, la destrucción en cuestión es la destrucción material del grupo, ya sea mediante medios físicos o biológicos, no la destrucción de la identidad nacional, lingüística, religiosa, cultural u otra identidad del grupo particular. El elemento nacional o religioso y el elemento étnico o racial no fueron tomados en consideración en la definición de la palabra ‘destrucción’, que puede ser tomada solamente en su sentido material, físico o biológico”.

**iii) Brdjanin (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párrafo 691:** “Los actos contemplados en este subpárrafo incluyen, sin limitación a los métodos de destrucción distintos de los asesinatos directos, actos tales como someter al grupo a una *dieta de subsistencia, la expulsión sistemática de los hogares y la denegación del derecho a servicios médicos*. También está incluida la fabricación de circunstancias que puedan llevar a una muerte lenta, tales como *la carencia de vivienda, ropa e higiene adecuados o trabajos o esfuerzos físicos excesivos*”<sup>606</sup>.

**Brdjanin (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párrafo 691:** para demostrar que se incurrió en “someter intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial” conforme al subpárrafo (c) no se requiere probar la destrucción física total o parcial del grupo seleccionado como objetivo”<sup>607</sup>.

---

<sup>605</sup> Hace referencia al importante caso ventilado en el Tribunal Penal Internacional para Ruanda: Akayesu, Sala de Primera Instancia, 2 de septiembre de 1998.

<sup>606</sup> También se encuentra esta misma consideración reiterada de igual manera en sentencia: Stakic (Sala de Primera Instancia), 31 de julio de 2003, párrafo 517

<sup>607</sup> Se contempla esta misma consideración en términos similares en la sentencia de: Stakic (Sala de Primera Instancia), 31 de julio de 2003, párrafo 517.



**Brdjanin (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párrafo 693:**

“En su Decisión sobre la Regla 98 bisIII, la Sala de Primera Instancia decidió que no consideraría el alegato de la Fiscalía de que ‘la deportación en masa de grupos bosnio–musulmanes y bosnio–croatas’ constituyeron condiciones de existencia calculadas para lograr su destrucción física según el significado del artículo 4(2)(c) del Estatuto, debido a que no se incluyó como alegato en el Acta de Acusación. Sin embargo, esto no impide que la Sala de Primera Instancia se funde en ello como prueba de la existencia de la intención específica. ‘La intención genocida puede inferirse, entre otros hechos, a partir de los medios de prueba sobre “otros actos dolosos dirigidos sistemáticamente en contra del mismo grupo”’.

**Brdjanin (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párrafos 909–**

**962:** La Sala de Primera Instancia considera que ha quedado demostrado más allá de toda duda razonable que *las condiciones en los siguientes campos e instalaciones de detención* se calcularon para lograr la destrucción física de las personas detenidas bosnio–musulmanes y bosnio–croatas, y fueron infringidas deliberadamente: el campo Manjaca, el estadio de fútbol Mlavke y la estación de bomberos de Bosanski Novi, la prisión de Kotor Varos, el campo Omarska, el campo Keraterm, el campo Trnopolje, la fábrica de zapatos Sloga, los estacionamientos de la fábrica Betonirka, el campo Pribinic y el edificio de defensa Territorial en el Municipio de Teslic.

**4.2.3.2.1.2.5. Aplicación artículo 5(h) Delito de Persecución (s) Violaciones a los derechos políticos, sociales, económicos, incluyendo el derecho al empleo, el derecho a la libertad de circulación, el derecho al debido proceso legal y *el derecho al cuidado médico.***

**i) Kupreskic et al. (Sala de Primera Instancia), 14 de enero de 2000, párrafo 615:**

“Persecución también involucra una variedad de otros actos discriminatorios, incluyendo también ataque a los derechos políticos, *sociales* y económicos”.

**ii) Blaskic (Sala de Primera Instancia), 3 de marzo de 2000, párrafo 220:**

“[L]as violaciones a los derechos elementales e inalienables de la persona, que son ‘el derecho a la vida, a la libertad y la seguridad’, el derecho a no ser ‘reducido a la esclavitud’, el derecho a no ‘ser víctima de tortura o trato o pena, cruel, inhumano o

degradante’ y el derecho a no ser ‘arbitrariamente arrestado, detenido o exiliado’ que se reconoce en los artículos 3, 4, 5 y 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, por su mera esencia, pueden constituir persecución, cuando se cometen con motivos discriminatorios”.

**iii) Brdjanin (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párrafos 1,029,**

**1,030:** “La Fiscalía ha imputado al Acusado los cargos de ‘*denegación de derechos fundamentales* a bosnio–musulmanes y bosnio–croatas, incluyendo el derecho a empleo, libertad de movimiento, derecho a debido proceso judicial, o *derecho a cuidado médico adecuado*’ como *persecuciones*”. “Como una cuestión preliminar, la Sala de Primera Instancia hace notar el argumento presentado por el Acusado de que ‘una condena no puede basarse en una denegación de algunos de estos [cuatro] derechos ya que éstos no están específicamente establecidos en el Estatuto. Toda condena por una violación a estos derechos viola el principio de legalidad’. La Sala de Primera Instancia encuentra que este argumento está mal concebido ya que el Acusado obviamente está confundiendo los actos conexos o violaciones con el crimen preciso que se imputa, a saber, el de persecución. Los actos conexos (y que corresponden a violaciones) que se alegan, están comprendidos en el crimen de persecución, señalado en el Estatuto y que se le imputa conforme al cargo 3 del Acta de Acusación. Toda condena posible sería por este crimen y no por actos conexos o violaciones. Está bien establecido en la jurisprudencia de este Tribunal que una condena por el crimen de persecución no viola el principio de legalidad. Por lo tanto este argumento es rechazado”.

**Brdjanin (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párrafo 1,031:**

“La jurisprudencia de este Tribunal ha especificado que los actos que niegan derechos fundamentales pueden equipararse a persecución, siempre que sean de suficiente gravedad y severidad. La Sala de Primera Instancia reitera su opinión de que no existe una lista de derechos fundamentales establecidos, y que tales decisiones se toman mejor con un estudio caso por caso. A efectos de establecer el crimen de persecución, los actos conexos no deben ser considerados de manera aislada sino dentro del contexto, examinando su efecto acumulado. La Sala de Primera Instancia considera que no es necesario examinar la naturaleza fundamental de cada derecho individualmente, sino más bien examinarlos como un todo. Por lo

tanto, es apropiado examinar la denegación acumulada de derechos al empleo, libertad de movimiento, debido proceso legal y *cuidados médicos adecuados*, a efectos de determinar que estos son derechos fundamentales para efecto de tipificar el crimen de persecuciones”.

**Brdjanin (Sala de Primera Instancia), 1 de septiembre de 2004, párrafos 1,032–1,049:** El Tribunal determinó que las siguientes violaciones a derechos “tomando en consideración el efecto acumulado de su denegación” fueron cometidas sobre bases discriminatorias: derecho al empleo; derecho a la libertad de movimiento; derecho al debido proceso legal; *derecho al cuidado médico adecuado*. Los derechos violados eran “derechos fundamentales para el propósito de establecer el crimen de persecución”. “La Sala de Primera Instancia está también satisfecha de que la denegación de estos derechos a bosnio–musulmanes y bosnio–croatas fue de igual gravedad que otras ofensas enumeradas en el artículo 5 del Estatuto, así como discriminatorios de hecho y se realizaron con la intención discriminatoria requerida por parte de los perpetradores directos sobre bases, raciales, religiosas y políticas”.

**4.2.3.2.2. Tribunal Penal Internacional para Ruanda (TPIRW).**– El Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, actuando en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas y a petición del Gobierno de ese país, decidió establecer un tribunal internacional con el propósito exclusivo de enjuiciar a los responsables de genocidio y otras violaciones de esa naturaleza cometidas en el territorio de Estados vecinos entre el 1 de enero de 1994 y el 31 de diciembre de 1994<sup>608</sup>.

El TPIRW cuya sede se fijó en Arusha (República Unida de Tanzania), fue creado por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en razón de la situación imperante en Rwanda, que constituía una amenaza para la paz y la seguridad de la región. Aunque se trata de un órgano subsidiario del Consejo de Seguridad, en su carácter de órgano judicial “es independiente de cualquier Estado o grupo de Estados y del órgano del cual es subsidiario”<sup>609</sup>.

---

<sup>608</sup> Resolución N°955, de 8 de noviembre de 1994, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, párrafo 1.

<sup>609</sup> Documento de las Naciones Unidas S/1995/134, de 13 de febrero de 1995, p. 3, párrafo 8.

**4.2.3.2.2.1. Estatuto del TPIRW.** Conforme a su Estatuto, que aprobó el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas como anexo a la resolución 955 (1994), el TPIRW tiene competencia, en razón de la materia, para juzgar las violaciones del Derecho Internacional Humanitario que se puedan cometer en conflictos armados internacionales o internos, además del crimen de genocidio y los crímenes de lesa humanidad. Para nuestra tesis, destacan las siguientes disposiciones del Estatuto:

→ Artículo 2. Genocidio.

“1. El Tribunal Internacional para Ruanda tiene competencia para perseguir a las personas que hayan cometido un genocidio según queda definido dicho crimen en el párrafo 2 del presente artículo, o cualquiera de los actos enumerados en el párrafo 3 del presente artículo.

2. Se entiende como genocidio cualquiera de los siguientes actos cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto a tal: a) Asesinato de miembros del grupo; b) *Graves atentados contra la integridad física o mental de los miembros del grupo*; c) *Sometimiento intencionado del grupo a condiciones de existencia que conlleven su destrucción física total o parcial*; d) Medidas para dificultar los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslados forzados de niños del grupo a otro grupo.

3. Serán castigados los siguientes actos: a) El genocidio; b) La colaboración para la comisión de genocidio; c) La incitación directa y pública a cometer genocidio; d) La tentativa de genocidio; e) La complicidad en el genocidio.”.

→ Artículo 3. Crímenes contra la humanidad.

“El Tribunal Internacional para Ruanda está habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos han sido cometidos en el curso de un ataque generalizado y sistemático, y dirigidos contra cualquier población civil en razón de su nacionalidad o pertenencia a un grupo político, étnico, racial o religioso: a) Asesinato; b) Exterminación; c) Reducción a la servidumbre; d) Expulsión; e) Encarcelamiento; f) Tortura; g) Violaciones; h) *Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos*; i) Otros actos inhumanos.”.

→ Artículo 4. Violaciones del artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra y al Protocolo adicional II.

“El Tribunal Internacional está habilitado para perseguir a las personas que cometan o den la orden de cometer infracciones graves del Artículo 3 común a las Convenciones de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para la protección de las víctimas en tiempos de guerra, y al protocolo adicional II a dichas Convenciones del 8 de junio de 1977. Tales violaciones comprenden sin ser taxativa:

a) *Los atentados contra la vida, la salud y el bienestar físico o mental de las personas*, en particular el asesinato, así como los tratamientos crueles como la tortura, las mutilaciones o toda forma de castigos corporales; b) Los castigos colectivos; c) La toma de rehenes; d) Los actos de terrorismo; e) Los atentados contra la dignidad personal, especialmente los tratamientos humillantes y degradantes, las violaciones, el forzar a la prostitución y todo atentado contra el pudor; f) El pillaje; g) Las condenas excesivas y las ejecuciones efectuadas sin un juicio previo realizado por un tribunal constituido regularmente y provisto de las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados; h) Las amenazas de cometer los actos precitados.”.

**4.2.3.2.2.2. Jurisprudencia de interés para tesis.** A continuación se indicarán extractos de sentencias<sup>610</sup> que dan aplicación a distintas figuras de crímenes contempladas en el Estatuto del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, de gran interés para nuestra tesis, y según se indica en cada caso, referida al precepto legal del Estatuto correspondiente.

**4.2.3.2.2.2.1. Aplicación Artículo 2c) del Estatuto.** Esto es, “Se entiende como genocidio cualquiera de los siguientes actos cometidos con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso en cuanto a tal: (...) c)

---

<sup>610</sup> Revisión de sentencias del TPIRW se basa en extractos contenidos en: HUMAN RIGHTS WATCH, *Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity, A Digest of the Case Law of the International Tribunal for Rwanda*, Estados Unidos de América, 2010. Se hace presente que los extractos de las sentencias incorporadas en el párrafo 4.2.3.2.2.2 han sido objeto de una traducción libre de parte del tesista.

Sometimiento intencionado del grupo a condiciones de existencia que conlleven su destrucción física total o parcial”:

**i) Kayishema y Ruzindana (Sala de Primera Instancia), 21 de mayo de 1999, párrafos 115–116:** “Infligiendo deliberadamente en el grupo condiciones de vida calculadas para provocar su destrucción física, sea de forma completa o en parte” “incluye circunstancias que conducirán a una muerte lenta, por ejemplo, la falta de adecuada vivienda, vestido, higiene y *atención médica* o el excesivo trabajo o esfuerzo físico” y “métodos de destrucción que no conducen inmediatamente a la muerte de miembros del grupo”. “Las condiciones de vida enfrentadas incluyen violación, la hambruna de un grupo de personas, *la reducción de servicios médicos adecuados por debajo del mínimo requerido* y la eliminación de las comodidades necesarias para la vida más allá de lo razonable.”

**Kayishema y Ruzindana (Sala de Primera Instancia), 21 de mayo de 1999, párrafo 548:** La Sala sostuvo que aún cuando el grupo Tutsi en Kigali estuvo “privado de alimentación, agua y *de instalaciones sanitarias y médicas adecuadas*,” “estas privaciones no eran la creación deliberada de condiciones de vida...buscando con ello provocar su destrucción” por cuanto estas “privaciones...eran el resultado de una persecución de los Tutsis, con la intención de exterminarlos dentro de un corto período de tiempo.” Más aún, la Sala encontró que los períodos de tiempo “no eran de suficiente extensión o escala para provocar la destrucción del grupo.”

**ii) Akayesu (Sala de Primera Instancia), 2 de septiembre de 1998, párrafos 505–506:** Esta frase [Infligir deliberadamente en el grupo condiciones de vida calculadas para provocar su destrucción física en su totalidad o en parte] significa “métodos de destrucción mediante el cual el perpetrador no mata inmediatamente a los miembros de un grupo, pero que, en última instancia, persigue su destrucción física.” Esto incluye, “entre otros, sometiendo un grupo de personas a una dieta de subsistencia, la expulsión sistemática de sus hogares y *la reducción de servicios médicos esenciales por debajo del requerimiento mínimo*.” Ver también *Musema*, (Sala de Primera Instancia), 27 de enero de 2000, parr. 157 (similar); *Rutaganda*, (Sala de Primera Instancia), 6 de diciembre de 1999, parr. 52 (similar).

**4.2.3.2.2.2. Aplicación Artículo 3 letra h) del Estatuto.** Esto es, “Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos”:

**i) Nahimana, Barayagwiza y Ngeze (Sala de Apelaciones), 3 de diciembre de 2003, párrafo 1073:** “*El crimen de persecución se define también en términos de impacto. No es una provocación a causar daño. Es en sí mismo el daño. En consecuencia, no es necesario un llamado a la acción en las comunicaciones para constituir persecución. Por la misma razón, no es requerido un vínculo entre persecución y actos de violencia.*”

**Nahimana, Barayagwiza y Ngeze (Sala de Apelaciones), 3 de diciembre de 2003, párrafo 1071:** “El crimen de persecución requiere específicamente hallar la intención de discriminar basada en motivos raciales, religiosos o políticos. *La Sala observa que este requerimiento ha sido interpretado ampliamente por el Tribunal Penal Internacional para la ex – Yugoslavia (TPIYUG) para incluir actos discriminatorios contra todos aquellos que no pertenecen a un grupo particular.*”

**Nahimana, Barayagwiza y Ngeze (Sala de Apelaciones), 3 de diciembre de 2003, párrafo 1078:** “Persecución es más amplio que la incitación directa y pública, incluyendo la promoción de odio étnico en otras formas.”

**ii) Nahimana, Barayagwiza y Ngeze (Sala de Apelaciones), 28 de noviembre de 2007, párrafo 985:** “La Sala de Apelaciones reitera que ‘el crimen de persecución consiste en un acto u omisión que de hecho discrimina, el cual: deniega o infringe un derecho fundamental reconocido por el derecho internacional consuetudinario o convencional (the *actus reus*); y fue llevado a cabo deliberadamente con la intención de discriminar en uno de los motivos listados, específicamente raza, religión o política (the *mens rea*).’”<sup>611</sup>

**Nahimana, Barayagwiza y Ngeze (Sala de Apelaciones), 28 de noviembre de 2007, párrafos 987, 985:** “No es necesario que cada acto individual subyacente al crimen de persecución sea de una gravedad equivalente a otros crímenes contra la humanidad: *los actos subyacentes de persecución pueden ser considerados conjuntamente. Es el efecto acumulativo de todos los actos subyacentes al crimen de*

---

<sup>611</sup> Véase también *Bagosora, Kabiligi, Ntabakuze, Nsengiyumva* (Sala de Primera Instancia), 18 de diciembre de 2008, párrafo 2208; y *Bikindi* (Sala de Primera Instancia), 2 de diciembre de 2008, párrafo 435.

*persecución los que deben alcanzar un nivel de gravedad equivalente a aquél de otros crímenes contra la humanidad*<sup>612</sup>. Además, el contexto en que estos actos subyacentes tienen lugar es particularmente importante para el propósito de evaluar su gravedad.” “Además, no es necesario que estos actos subyacentes de persecución asciendan a crímenes en el derecho internacional.”

**iii) Serugendo (Sala de Primera Instancia), 12 de junio de 2006, párrafo 10:** “Los elementos del crimen contra la humanidad de persecución bajo el Artículo 3 (h) del Estatuto son descritos en el Acuerdo de Clemencia y en la jurisprudencia del Tribunal como que:

- el acusado cometió violaciones específicas de derechos básicos o fundamentales;
- los crímenes específicos fueron cometidos por motivos de discriminación política o racial;
- el acusado tenía conocimiento real o implícito del contexto general en que las ofensas fueron cometidas;
- los crímenes fueron cometidos como parte de un ataque extendido o sistemático en contra de la población civil; y
- los ataques se llevaron a cabo por motivos políticos, étnicos, raciales o religiosos.”

**iv) Semanza (Sala de Primera Instancia), 15 de mayo de 2003, párrafos 348–49:**

“Persecución puede adoptar diversas formas y no requiere necesariamente un acto físico.” “Persecución puede incluir actos enumerados en otros subtítulos de crímenes contra la humanidad, tal como asesinato o deportación, cuando se cometen por motivos de discriminación. *Persecución puede también implicar una variedad de otros actos discriminatorios, que no se encuentran enumerados en el Estatuto, involucrando serias privaciones de derechos humanos.*”

**v) Ruggiu (Sala de Primera Instancia), 1 de junio de 2000, párrafo 21:** Citando al TPIYUG [en *Kupreskic*<sup>613</sup>], la Sala de Primera Instancia “resumió los elementos que comprende el crimen de persecución como sigue: a) aquellos elementos requeridos

<sup>612</sup> Aquí cabe entender incluido el derecho a cuidado médico adecuado como lo hace el TPIYUG.

<sup>613</sup> Sentencia dictada por TPIYUG en *Kupreskic et al.*, (Sala de Primera Instancia), 14 de enero de 2000, párrafo 615: “Persecución también involucra una variedad de otros actos discriminatorios, incluyendo también ataque a los derechos políticos, **sociales** y económicos”.



para todos los crímenes contra la humanidad según el Estatuto, b) una denegación flagrante y evidente de un derecho fundamental alcanzando el mismo nivel de gravedad que otros actos prohibidos según el Artículo 5, c) motivos prohibidos.”

**Ruggiu (Sala de Primera Instancia), 1 de junio de 2000, párrafo 22:** En este caso, la Sala de Primera Instancia configuró “un elemento común” al examinar los actos de persecución confesados por los acusados. “Aquellos actos consistieron en transmisiones de radio directas y públicas todas dirigidas a apuntar y atacar al grupo étnico Tutsi y los Belgas basado en motivos de discriminación, al privarlos de los derechos fundamentales a la vida, libertad y humanidad básica que disfrutaban otros miembros de una sociedad más amplia. Se puede decir que la privación de estos derechos apunta a la muerte y remoción de estas personas de la sociedad en que vive junto con los perpetradores, o eventualmente de la humanidad misma.” (Ruggiu se declaró culpable de persecución como crimen contra la humanidad.)

**vi) Bagosora, Kabiligi, Ntabakuze y Nsengiyumva (Sala de Primera Instancia), 18 de diciembre de 2008, párrafo 2209:** “Los motivos de discriminación enumerados para persecución en el Artículo 3 (h) del Estatuto no incluye expresamente motivos étnicos, que sí es incluida en la lista de motivos de discriminación para el ataque contenido en el encabezamiento del Artículo 3.

Sin embargo, la Sala de Apelaciones en el caso *Nahimana y otros* sostuvo que la discriminación basada en motivos étnicos puede constituir persecución si el atropello de derechos que la acompaña es suficientemente grave, tales como asesinatos, tortura y violación. Confirmó una sentencia por persecución basada en la supervisión del bloqueo de caminos donde Tutsis fueron asesinados.”<sup>614</sup>.

**vii) Kamuhanda (Sala de Primera Instancia), 22 de enero de 2004, párrafo 674:** “La Sala hace notar que un intento discriminatorio específico es requerido para el cargo de persecución como Crimen contra la Humanidad”.

**viii) Bikindi (Sala de Primera Instancia), 2 de diciembre de 2008, párrafos 390–95, 397:** “En contraste con el crimen de incitación directa y pública para cometer

---

<sup>614</sup> Véase también *Nahimana, Barayagwiza y Ngeze* (Sala de Apelaciones), 28 de noviembre de 2007, párrafos 986-988 y 1002; y *Semanza* (Sala de Primera Instancia), 15 de mayo de 2003, párrafo 350.

genocidio..., el discurso de odio que no convoca directamente a cometer genocidio puede, en ciertos contextos, constituir persecución como crimen contra la humanidad.” “El crimen de persecución consiste en un acto que, de hecho discrimina, y que deniega o infringe un derecho fundamental reconocido por el derecho internacional consuetudinario o convencional, llevado a cabo deliberadamente con la intención de discriminar en uno de los motivos prohibidos, específicamente raza, religión o política.” “*Actos subyacentes de persecución no requieren ser considerados crímenes según el derecho internacional. Por ejemplo, hostigamiento, humillación, abuso psicológico, así como la denegación de los derechos de empleo, libertad de movimiento, debido proceso judicial, y la atención médica adecuada han sido reconocidos como actos subyacentes de persecución. Se colige que no es necesario encontrar un determinado discurso de odio como constitutivo en sí de crimen según el derecho internacional para efectos de considerar aquél discurso un acto subyacente de persecución.* La Sala está satisfecha que el discurso de odio puede en determinadas circunstancias constituir una violación de derechos fundamentales, concretamente una violación del derecho a respetar la dignidad cuando aquél discurso incita al odio y la discriminación, o una violación del derecho a la seguridad, cuando éste incita a la violencia.”

“La Sala de Apelaciones [en *Nahimana*] recientemente recordó que los actos subyacentes de persecución, sea que fueren considerados aisladamente o en conjunto con otros actos, deben ser de igual gravedad que los crímenes tipificados según el Artículo 3 del Estatuto. También sostuvo que los discursos de odio pueden ser considerados de igual gravedad que los crímenes tipificados bajo el Artículo 3 del Estatuto si ocurren como parte de una campaña mayor de persecución. En su determinación, la Sala de Apelaciones consideró el efecto acumulativo de todos los actos subyacentes del crimen de persecución, concretamente el efecto acumulativo de los discursos de odio y los llamados directos a cometer genocidio transmitidos en el contexto de violencia anti – Tutsi.”

“La pregunta subsiste relativo a si el discurso de odio que tiene lugar en forma aislada puede ser considerado de igual gravedad que los otros crímenes fijados en el Artículo 3. En tal escenario, el discurso de odio ocurriría sin otros actos subyacentes

de persecución, y como tal, sería el único acto discriminatorio contra el grupo. No obstante, dado que un ataque generalizado o sistemático contra una población civil basado en motivos nacionales, políticos, étnicos, raciales o religiosos tendrían que ser establecidos para apoyar una condena por persecución según el Estatuto del Tribunal, la Sala considera que los mismos hechos que conducirían a descubrir la existencia de tal ataque, también puede apoyar el descubrimiento de muchos otros actos subyacentes de persecución, debiendo ambos ser cometidos por motivos de discriminación”.

“Finalmente, dependiendo del mensaje comunicado y el contexto, la Sala no excluye la posibilidad que las canciones constituyan persecución en calidad de crimen contra la humanidad”.

**4.2.3.2.3. La Corte Penal Internacional (CPI).** Finalmente, el 11 de abril del año 2002, se celebró que un mínimo de 60 Estados ratificaron el Estatuto –consta de 128 artículos– firmado en Roma el 17 de julio de 1998, para crear la Corte Penal Internacional (CPI) con carácter permanente y competencia respecto de todos los Estados Partes, lo cual la distingue de los dos previos Tribunales, de naturaleza más acotada.

De esta manera, se cumplió el requisito necesario para su entrada en vigor y nace el primer tribunal global dirigido a juzgar crímenes contra la humanidad, de genocidio, de guerra y de agresión, a contar de 1º de julio del año 2002, sin carácter retroactivo (art.11 del Estatuto). El Estatuto de Roma ha sido ratificada por 114 países hasta la fecha. De ellos 31 son Estados Africanos; 15 Estados Asiáticos; 18 de Europa del Este; 25 de América Latina y el Caribe; y 25 de Europa Occidental y otros Estados<sup>615</sup>. De manera que una gran cantidad de países la han ratificado, aún cuando destaca la ausencia de países como los Estados Unidos, China e Israel.

La CPI tiene sede en La Haya y se compone de los siguientes órganos: la Presidencia; una Sección de Apelaciones, una Sección de Primera Instancia y una Sección de

---

<sup>615</sup> Para información actualizada véase sitio <http://www.icc-cpi.int/Menus/ASP/states+parties/> (visitado el 29 de agosto de 2011).

Cuestiones Preliminares; la Fiscalía y la Secretaría (art. 34 del Estatuto). Los 18 Magistrados de la Corte Penal Internacional deben tener reconocida competencia en derecho penal, derecho internacional humanitario y derecho internacional de los derechos humanos, y son elegidos por la Asamblea de los Estados Partes por un período de nueve años no renovable, con dedicación exclusiva en sus puestos (art. 35–36).

El establecimiento de este Tribunal es uno de los grandes pasos en la globalización de la justicia y un instrumento esencial con carácter permanente, a diferencia de los tribunales internacionales creados ad hoc y únicamente para juzgar los crímenes cometidos en Ruanda y la antigua Yugoslavia, respectivamente, lo que evita tener que constituir tribunales ad hoc. Así, los terribles hechos acaecidos en la ex Yugoslavia y en Ruanda de violencia étnica y racial, así como en otras partes, especialmente a contra de los años 90 del siglo pasado, había generado la urgencia de establecer un tribunal de carácter permanente.

Como bien señala Villán Durán<sup>616</sup> “la necesidad de combatir en el plano internacional la impunidad de los responsables de matanzas y atrocidades que han asolado en los años noventa a diferentes regiones del mundo por motivos raciales y étnicos fue sentida, entre otros, por el Com.EDR<sup>617</sup>, el cual había recomendado el establecimiento, con carácter de urgencia, de “un tribunal internacional con jurisdicción general para el enjuiciamiento del genocidio y los crímenes contra la humanidad, en particular el asesinato, el exterminio, la esclavitud, la deportación, el encarcelamiento, la tortura, la violación, las persecuciones por motivos políticos, raciales y religiosos y otros actos inhumanos contra toda población civil, así como las violaciones graves de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales de 1977<sup>618</sup>”.

**4.2.3.2.3.1. Estatuto de la CPI.** La CPI, de acuerdo a su Preámbulo, tiene como objetivo constituirse como complementaria de las jurisdicciones penales nacionales, para poner fin a la impunidad de los autores de los crímenes más graves de

---

<sup>616</sup> VILLAN DURAN, Carlos, Op. Cit., p. 524.

<sup>617</sup> Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, órgano creado en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

<sup>618</sup> Recomendación general XVIII (44) relativa al establecimiento de un tribunal internacional para el enjuiciamiento de los crímenes contra la humanidad, adoptada por el Com.EDR el 17 de marzo de 1994.

trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto y que se consideran imprescriptibles (art. 29). El Estatuto es aplicable a todos sin distinción, con independencia del cargo oficial (Jefe de Estado u otro) que pueda tener el acusado (art. 27).

De acuerdo con el artículo 5 del Estatuto se establece que la CPI tendrá competencia respecto de los crímenes de genocidio, lesa humanidad, guerra y agresión. Es importante en todo caso indicar que éste último –el de agresión– no quedó definido. De manera que queda bastante clara la trascendencia que tuvieron como precedentes los respectivos Estatutos del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, y por ello, su jurisprudencia constituye un legado de gran importancia para la propia Corte Penal Internacional.

**Legitimación activa para recurrir ante CPI.**– Respecto de la legitimación para iniciar un proceso ante la Corte Penal Internacional, solamente el Fiscal puede iniciar de oficio una investigación sobre un crimen de la competencia de la CPI (art. 15.1 del Estatuto). Además, todo Estado Parte en el Estatuto puede remitir al Fiscal una situación en que parezca haberse cometido uno o varios crímenes de la competencia de la CPI y pedirle que la investigue (art. 14.1). Asimismo, también el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en uso de sus atribuciones del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, podrá presentar una denuncia.

Respecto de las facultades del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, éste puede además pedir a la CPI, conforme al artículo 16 del estatuto, que suspenda el enjuiciamiento o la investigación que haya iniciado por un plazo máximo de 12 meses. De acuerdo con Villán Durán “tal petición corre el riesgo de ser abusiva en el futuro, pues podrá ser renovada por el propio CS, aparentemente, tantas veces como desee, lo que supondría una paralización sine die del procedimiento ante la CPI”<sup>619</sup>.

Por último, cabe recordar que la víctima no tiene reconocido aún una capacidad para recurrir directamente ante la CPI.

---

<sup>619</sup> VILLAN DURAN, Carlos, Op. Cit., p. 520.

Los requisitos de admisibilidad de la demanda se regulan en los artículos 12 y 17 del Estatuto, de manera que se otorga un carácter complementario a la CPI en relación con las jurisdicciones nacionales que reclamen su competencia para entender de un determinado asunto. En los siguientes casos, la demanda ante la CPI será inadmisibile:

- Si el asunto está pendiente de una investigación o enjuiciamiento en el Estado que tiene jurisdicción sobre él, ya sea porque el delito se cometió en su territorio o porque el acusado es nacional suyo. Se exceptúan los casos en los que los tribunales nacionales con jurisdicción sean incapaces de llevar adelante tal investigación o enjuiciamiento.
- Si el asunto ya fue investigado por el Estado de jurisdicción y el acusado no fue procesado. También se exceptúan de esta regla los casos de no procesamiento por incapacidad del Estado para enjuiciar.
- Si el acusado ya fue enjuiciado por un tribunal nacional, en cuyo caso se opondrá ante la CPI la excepción de cosa juzgada.
- Si la CPI considera que el asunto no es de gravedad suficiente para justificar su intervención”

Respecto de la relación entre la jurisdicción nacional y la de la CPI, cabe señalar que la propia CPI puede determinar si el Estado ejerce la jurisdicción para sustraer al acusado de la competencia de la CPI, si ha habido demoras injustificadas en el juicio o si el proceso no se realiza de manera independiente o imparcial o determinar el grado de incapacidad del Estado para ejercer adecuadamente la administración de justicia. Atendidas estas disposiciones, Villán Durán concluye que “de estas reglas se deduce la concurrencia preferente de la CPI y el principio de su primacía sobre las jurisdicciones nacionales”<sup>620</sup>.

#### **4.3. Instrumentos internacionales relativos a grupos específicos.**

El Derecho a la Salud se encuentra consagrado en otros instrumentos internacionales relativos a grupos vulnerables específicos de mucha relevancia y que también contemplan disposiciones específicamente relacionadas con diferentes aspectos del

---

<sup>620</sup> VILLAN DURAN, Carlos, Op. Cit., p. 521.

derecho a la salud, importantes también en la configuración del derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

Por ello, asiste relevancia su revisión, toda vez que estas Convenciones permiten ilustrar las necesidades específicas y dificultades particulares que deben ser satisfechas por los Estados Parte respecto de grupos vulnerables específicos dentro de cada sociedad.

Por tanto, a continuación se procederá a la revisión de los instrumentos internacionales relativos a grupos específicos en orden cronológico de mayor a menor antigüedad en su adopción, procediendo a revisar, según corresponda en cada caso, su mecanismos no contencioso y su mecanismo de denuncia de particulares, de tenerlo previsto. Así se dará repaso en orden cronológico de antigüedad en su adopción, a la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965 (párrafo 4.3.1); la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979 (párrafo 4.3.2); la Convención de los Derechos del Niño, de 1989 (párrafo 4.3.3); la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 1990 (párrafo 4.3.4); y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 2006 (párrafo 4.3.5).

Por último, se enunciarán dos convenciones finales, dando cuenta de aquellos artículos que guardan más relación con nuestra tesis. Ellas son la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951 (párrafo 4.3.6) y el Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales, de 1989 (párrafo 4.3.7).

#### **4.3.1. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965.**

En 1965, la Asamblea General<sup>621</sup> de las Naciones Unidas proporcionó a la comunidad mundial un instrumento jurídico al aprobar la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en la cual se estipulan las

---

<sup>621</sup> Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Entrada en vigor: 4 de enero de 1969, de conformidad con el artículo 19.

medidas que los Estados convienen en adoptar, una vez que son partes, mediante su ratificación o adhesión, para eliminar la discriminación racial.

### **Disposiciones de especial interés para la tesis.**

“Artículo 5 (e)(iv):

En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados Partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes:

(...)

e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular:

(...)

iv) El derecho a la salud pública, la asistencia médica, la seguridad social y los servicios sociales;”

**El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.** El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial fue el primer órgano creado por las Naciones Unidas para vigilar y examinar las medidas adoptadas por los Estados para cumplir con las obligaciones que les incumben en virtud de un acuerdo concreto de derechos humanos.

La Tercera Comisión (asuntos sociales, humanitarios y culturales) de la Asamblea General de las Naciones Unidas decidió incluir la creación del Comité en la Convención por considerar que si no se disponía de medios para hacerla cumplir, no resultaría realmente eficaz<sup>622</sup>.

De hecho el establecimiento de este Comité terminó siendo un precedente, por cuanto con posterioridad se crearon otros Comités con composiciones y funciones comparables, entre ellos, el Comité de Derechos Humanos, el Comité contra la Tortura

---

<sup>622</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION RACIAL, *Folleto informativo N°12 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, Ginebra, Naciones Unidas, 2001, p. 3.



y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mencionados previamente en esta tesis.

Por tanto, este Comité, entre sus funciones, destacan las que veremos a continuación, primeramente la relativa a la recepción de los Informes de los Estados Partes, con respecto a los cuales el Comité formula sugerencias y recomendaciones (Párrafo 4.3.1.1) y las comunicaciones personales (4.3.1.2).

#### **4.3.1.1. Mecanismo no contencioso.**

De acuerdo con el artículo 9 de la Convención, el Comité examina los informes presentados por los Estados Partes, estableciendo observaciones finales a su respecto que involucran sugerencias y recomendaciones para el país.

En materia de enfermedades infecciosas específicamente, mencionaremos algunos informes del Comité que se refieren a este ámbito, para ilustrar el tipo de materias que son observadas al respectivo Estado Parte. Las observaciones y recomendaciones del Comité serán ordenadas cronológicamente de más recientes a menos recientes:

##### **i) India (CERD 2007).—**

El Comité está preocupado por las denuncias de que los miembros de las castas y tribus desfavorecidas y de otras tribus se ven desproporcionadamente afectados por el hambre y la malnutrición, la mortalidad infantil, materna o en la niñez, las enfermedades de transmisión sexual, incluido el VIH/SIDA, la tuberculosis, las enfermedades diarreicas, el paludismo y otras enfermedades causadas por el agua y porque en las zonas habitadas por comunidades tribales las instalaciones de atención sanitaria son inexistentes o son de calidad muy inferior a las que existen en otras zonas (inciso iv) del apartado e) del artículo 5). Recomienda que el Estado Parte garantice el acceso en condiciones de igualdad a los almacenes estatales de distribución de alimentos, instalaciones sanitarias adecuadas, servicios de salud reproductiva y agua potable a los miembros de las castas y tribus desfavorecidas y otras tribus, y que incremente el número de médicos y de

centros y subcentros de atención primaria debidamente equipados en funcionamiento en las zonas rurales y las comunidades tribales<sup>623</sup>.

Persona afectada: niñas; indígenas; minorías raciales, étnicas, lingüísticas, religiosas y de grupos y castas basadas en descendencia.

## **ii) Noruega (CERD 2006).–**

Al Comité le preocupa que muchos municipios no proporcionen una protección suficiente contra las enfermedades en los servicios de atención de la salud prestados a los solicitantes de asilo, los refugiados y las personas reunidas con sus familias (inciso iv) del apartado e) del artículo 5). A la luz de su Recomendación general N° XXX, el Comité recomienda al Estado Parte que adopte todas las medidas necesarias para velar por el derecho de los no ciudadanos a un grado adecuado de salud física y mental, entre otras cosas mejorando su acceso a los servicios de salud preventiva, curativa y paliativa<sup>624</sup>.

Persona afectada: solicitantes de asilo; refugiados; las personas reunidas con sus familias (sin ciudadanía Noruega).

## **iii) Surinam (CERD 2004).–**

Preocupan al Comité las denuncias de propagación de enfermedades de transmisión sexual como el VIH/SIDA entre los pueblos indígenas y tribales a raíz de la expansión de las actividades mineras y forestales en el interior del país. El Comité recomienda al Estado Parte que introduzca un plan de acción para luchar contra el SIDA en el interior<sup>625</sup>.

Persona afectada: Población indígena.

## **iv) Uganda (CERD 2003).–**

---

<sup>623</sup> Documento de las Naciones Unidas CERD/C/IND/CO/19, de 2007, párrafo 24.

<sup>624</sup> Documento de las Naciones Unidas CERD/C/NOR/CO/18, de 2006, párrafo 21.

<sup>625</sup> Documento de las Naciones Unidas CERD/C/64/CO/9, de 2004, párrafo 17.

A la vez que reconoce los esfuerzos hechos por el Gobierno para luchar contra el VIH/SIDA, el Comité está preocupado por la rápida difusión de esa enfermedad que afecta a la población en todo el país, en particular en el caso de los grupos étnicos marginados. El Comité recomienda que el Estado Parte siga adoptando estrategias en ese ámbito y que, asimismo, preste la debida atención a la situación concreta de las mujeres<sup>626</sup>.

Persona afectada: Población en general.

#### **4.3.1.2. Denuncia de particulares.**

El procedimiento aplicable para que el Comité pueda recibir comunicaciones de personas o grupos que aleguen ser víctimas de una violación de la Convención se encuentra dispuesto en el artículo 14 y entró en funcionamiento en 1982, cuando 10 Estados Partes habían declarado que aceptaban la competencia del Comité en esa esfera.

El Comité señala confidencialmente esas comunicaciones a la atención del Estado Parte en cuestión, pero no revela la identidad de la persona o grupos de personas que aleguen la violación sin su consentimiento. Cuando un Estado ha explicado su punto de vista y quizá sugerido un recurso, el Comité debate el asunto y puede hacer sugerencias y recomendaciones que se transmiten tanto a la persona o grupo interesado como al Estado Parte<sup>627</sup>. A continuación se indicará una comunicación presentada ante este Comité –de interés para nuestra tesis– en que se consideró que el Estado Parte había violado una de las obligaciones:

**i) Sra. L. R. y otros v/s República Eslovaca. Dictamen de 7 de marzo de 2005, recaído en procedimiento iniciado por Comunicación N°31/2003<sup>628</sup>.**

---

<sup>626</sup> Documento de las Naciones Unidas CERD/C/62/CO/11, de 2003, párrafo 18.

<sup>627</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, Folleto informativo N°12 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Op. Cit., p. 8.

<sup>628</sup> Véase documento de las Naciones Unidas CERD/C/66/D/31/2003, de 10 de marzo de 2005, del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

**Caso presentado.**– En este caso presentado ante el Comité por la Sra. L. R. y otros (representados por el Centro Europeo de Derechos de los Romaníes y la Liga de Defensores de los Derechos Humanos), los representados alegan que son víctimas de una violación por parte de la República Eslovaca de los apartados a), c) y d) del párrafo 1 del artículo 2; del párrafo a) del artículo 4; del apartado iii) del párrafo e) del artículo 5; y del artículo 6 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Especial interés presenta para nosotros este caso por cuanto entre los derechos reclamados está el contemplado en el artículo 5 párrafo e) referido a los *derechos económicos, sociales y culturales*, en este caso específico el derecho de vivienda (apartado iii) del párrafo e). En concreto, la reclamación es interpuesta por cuanto el 20 de marzo de 2002, los concejales de la municipalidad de Dobsiná aprobaron la resolución N° 251–20/III–2002–MsZ, en virtud de la cual adoptaron lo que los peticionarios describen como un plan para construir viviendas de bajo costo para los habitantes romaníes de la ciudad. Aproximadamente unos 1.800 romaníes viven en Dobsiná en condiciones que se han descrito como "espantosas", ya que la mayoría de las viviendas son cabañas de paja o casas de cartón, y no tienen agua potable, aseos ni sistemas de desagüe o alcantarillado. Atendido ello, los concejales pidieron al alcalde que preparara un proyecto destinado a obtener recursos financieros de un fondo gubernamental creado expresamente para mitigar los problemas de vivienda de los romaníes en el Estado Parte<sup>629</sup>.

No obstante ello, con posterioridad por reclamos interpuestos por unos 2.700 habitantes de Dobsiná en contra de este proyecto para los Romaníes, a través de una petición firmada y entregada al concejo municipal el 30 de julio de 2002, el 5 de agosto de ese año, el concejo estudió la petición y, "tras haber examinado las circunstancias fácticas", votó unánimemente a favor de la anulación de la resolución anterior mediante una segunda resolución en la que se hacía una referencia explícita a la petición.

---

<sup>629</sup> Comunicación N°31/2003, dictamen de 7 de marzo de 2005, del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, párrafos 2.1 y 2.2.

**Sobre la admisibilidad de la Comunicación.**— Al evaluar la admisibilidad de la Comunicación, el Comité “se remitió también a su jurisprudencia de que los actos de concejos municipales, incluida la adopción de resoluciones públicas de carácter jurídico como la del presente caso, equivalían a actos de autoridades públicas en el sentido de lo dispuesto en la Convención”, y que por tanto, “ los peticionarios, al verse afectados directa y personalmente por la adopción de la resolución en cuestión, así como por su posterior cancelación tras la presentación de la petición de los vecinos, pueden alegar que son "víctimas" para los fines de la presentación de su denuncia ante el Comité”<sup>630</sup>.

**Decisión del Comité.**— El Comité, en el párrafo 10.9 de la comunicación, al proceder al examen de la cuestión en cuanto al fondo, concluye que la República Eslovaca ha violado la obligación que le impone el apartado a) del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial y velar por que todas las autoridades públicas actúen de conformidad con esta obligación, así como también concluye que el Estado Parte ha quebrantado su obligación de garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley en el goce del derecho a la vivienda, en contravención de lo dispuesto en el apartado iii) del párrafo d) del artículo 5 de la Convención. En definitiva “*opina que de los hechos presentados se desprende que ha habido violación del apartado a) del párrafo 1 del artículo 2, del apartado iii) del párrafo d) del artículo 5 y del artículo 6 de la Convención*”<sup>631</sup>.

Por tanto el Comité dictamina que de conformidad con el artículo 6 de la Convención el Estado Parte está obligado a brindar a los peticionarios un recurso eficaz, y que “en particular, el Estado Parte deberá adoptar medidas para asegurarse de que la situación de los peticionarios vuelva a ser la misma que tenían antes de que se adoptara la primera resolución del concejo municipal”, así como que el Estado Parte “también está obligado a asegurarse de que en el futuro no se vuelvan a producir violaciones similares”<sup>632</sup>, para concluir que “desea recibir, en un plazo de 90 días, información de la República Eslovaca sobre las medidas adoptadas para dar efecto a la opinión del Comité” y “pide también al Estado Parte que dé amplia difusión a la opinión del Comité”<sup>633</sup>.

---

<sup>630</sup> Comunicación N°31/2003, dictamen de 7 de marzo de 2005, párrafo 6.3.

<sup>631</sup> Comunicación N°31/2003, dictamen de 7 de marzo de 2005, párrafo 11.

<sup>632</sup> Comunicación N°31/2003, dictamen de 7 de marzo de 2005, párrafo 12.

<sup>633</sup> Comunicación N°31/2003, dictamen de 7 de marzo de 2005, párrafo 13.

#### **4.3.2. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979.**

La Convención fue aprobada por la Asamblea General<sup>634</sup> en 1979 para reforzar las disposiciones de los instrumentos internacionales existentes destinadas a combatir la persistencia de la discriminación contra la mujer.

**Disposiciones de interés para la tesis.** Artículos 10 letra h), 11.1 (f) y 12:

“Artículo 10.

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer, a fin de asegurarle la igualdad de derechos con el hombre en la esfera de la educación y en particular para asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres:

(...)

h) Acceso al material informativo específico que contribuya a asegurar la salud y el bienestar de la familia, incluidos la información y el asesoramiento sobre planificación de familia”.

“Artículo 11.

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular:

(...)

f) El derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción”.

“Artículo 12.

1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en

---

<sup>634</sup> Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979. Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 (1).

condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.

2. Sin perjuicios de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia”.

**El Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer.** En el artículo 17 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer se establece el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en adelante el Comité, con el fin de examinar los progresos realizados en la aplicación de sus disposiciones.

#### **4.3.2.1. Mecanismo no contencioso.**

De acuerdo con el artículo 18 de la Convención, los Estados Partes se comprometen a someter al Secretario General de las Naciones Unidas, para que lo examine el Comité, un informe sobre las medidas legislativas, judiciales, administrativas o de otra índole que hayan adoptado para hacer efectivas las disposiciones de la Convención y sobre los progresos realizados en este sentido, en la oportunidad y plazos que ahí se indican.

Por su parte, de acuerdo con el artículo 21 de la Convención, el Comité, por conducto del Consejo Económico y Social informará anualmente a la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre sus actividades y podrá hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y de los datos transmitidos por los Estados Partes. Estas sugerencias y recomendaciones de carácter general se incluirán en el informe del Comité junto con las observaciones, si las hubiere, de los Estados Partes.

A continuación se citan algunos informes de este Comité que han sido dictados en los últimos tres años, y sus respectivas observaciones o recomendaciones efectuadas a los respectivos países, con relación a la situación sanitaria de la mujer y las enfermedades

infecciosas. Las observaciones y recomendaciones del Comité serán ordenadas cronológicamente de más recientes a menos recientes:

**i) Ruanda (CEDAW 2009).–**

El Comité encomia al Estado parte por la reciente reducción de la incidencia del VIH/SIDA y la malaria y por el aumento de cobertura del tratamiento de ambas enfermedades<sup>635</sup>.

Persona afectada: Población en general; mujer.

**ii) Guatemala (CEDAW 2009).–**

Si bien observa que hay más hombres que mujeres afectados por el VIH/SIDA, preocupa al Comité la creciente feminización de la enfermedad que se observa en el Estado parte, lo que se refleja en una reducción de la relación hombre/mujer en el contagio del VIH/SIDA. El Comité también señala que el Estado parte no proporcionó suficiente información ni datos desglosados sobre la incidencia del VIH/SIDA en su informe ni en las respuestas a la lista de cuestiones y preguntas durante el constructivo diálogo entablado. El Comité insta al Estado parte a que emprenda una investigación exhaustiva para determinar los factores coadyuvantes a la feminización del VIH/SIDA con objeto de elaborar estrategias adecuadas para reducir la vulnerabilidad de la mujer a la enfermedad. Pide al Estado parte que, en su próximo informe, suministre datos desglosados por sexo y origen étnico sobre la incidencia de la enfermedad<sup>636</sup>.

Persona afectada: mujer.

**iii) Armenia (CEDAW 2009).–**

El Comité recomienda que el Estado parte siga adoptando medidas para mejorar el acceso de las mujeres a los servicios de salud, en general, y a los servicios de salud

---

<sup>635</sup> Documento de las Naciones Unidas CEDAW/C/RWA/CO/6, de 2009, párrafo 9.

<sup>636</sup> Documento de las Naciones Unidas CEDAW/C/GUA/CO/7, de 2009, párrafos 37-38.



reproductiva, en particular. Insta al Estado parte a redoblar sus esfuerzos para aumentar la disponibilidad de servicios de salud sexual y reproductiva, incluidos servicios de planificación familiar; movilizar recursos a ese fin; y supervisar el acceso real de las mujeres a esos servicios. Asimismo, recomienda promover ampliamente la educación sobre planificación familiar y salud reproductiva, y dirigirla a las niñas y los niños, prestando atención particular a la prevención del embarazo precoz de menores y al control de las enfermedades de transmisión sexual y el VIH/SIDA<sup>637</sup>.

Persona afectada: niñas; mujer.

#### **iv) Azerbaiyán (CEDAW 2009).–**

El Comité recomienda que el Estado parte siga adoptando todas las medidas que procedan para mejorar el acceso de las mujeres a los servicios de salud, en general, y a los servicios de salud reproductiva, en particular. Exhorta al Estado parte a que priorice la reducción de la tasa de mortalidad materna estableciendo servicios de obstetricia adecuados atendidos por personal médico calificado y proporcionando atención prenatal adecuada a todas las mujeres. El Comité recomienda que la educación en materia de planificación familiar y salud reproductiva se promueva ampliamente y se dirija a las niñas y los niños, prestando atención particular al control de las enfermedades de transmisión sexual y el VIH/SIDA. Asimismo, recomienda que el Estado parte cumpla con su compromiso de incluir una diversidad de anticonceptivos en la lista básica de medicamentos del Ministerio de Salud<sup>638</sup>.

Persona afectada: niñas; personas internamente desplazadas; refugiados y solicitantes de asilo; mujer rural; mujer.

#### **v) Ecuador (CEDAW 2008).–**

El Comité recomienda al Estado parte que evalúe la incidencia del VIH/SIDA en las mujeres indígenas y de ascendencia africana, así como en las migrantes y las refugiadas.

---

<sup>637</sup> Documento de las Naciones Unidas CEDAW/C/ARM/CO/4/REV.1, de 2009, párrafo 35.

<sup>638</sup> Documento de las Naciones Unidas CEDAW/C/AZE/CO/4, de 2009, párrafo 34.

Asimismo, insta al Estado parte a reforzar el enfoque preventivo con respecto al VIH/SIDA, y el cáncer uterino, el cáncer de cuello del útero y el cáncer de mama. Además, el Comité invita al Estado parte a que incluya en el próximo informe más información, sobre todo sobre las tendencias observadas a lo largo del tiempo y las medidas adoptadas para abordar el ciclo de vida de las mujeres; la salud general y la salud reproductiva de las mujeres, incluidos los porcentajes y las causas de morbilidad y mortalidad de las mujeres en comparación con los hombres; las tasas de prevalencia de anticonceptivos; el espaciamiento de los hijos; las enfermedades que afectan a las mujeres y las niñas, sobre todo determinados tipos de cáncer; y la labor realizada por el Estado para mejorar el acceso de las mujeres a los servicios de salud, en particular la planificación familiar y los servicios dirigidos a la prevención y el tratamiento del cáncer. El Comité recomienda al Estado parte que fortalezca el papel de los gobiernos locales y promueva una perspectiva intercultural en la prestación de los servicios de salud<sup>639</sup>.

Persona afectada: niñas; indígena; migrante; minorías raciales, lingüísticas, religiosas o grupos basados en descendencia; refugiados y solicitantes de asilo; mujer.

**vi) Marruecos (CEDAW 2008).—**

El Comité insta al Estado Parte a que aumente el acceso de las mujeres a servicios de atención primaria de la salud, como los de salud reproductiva y los medios de planificación de la familia. De conformidad con su recomendación general 24, el Comité recomienda también que el Estado Parte aumente las campañas de sensibilización relativas a la importancia de la atención de la salud, incluyendo información sobre el contagio de enfermedades de transmisión sexual y el VIH/SIDA, así como sobre la prevención de embarazos no deseados mediante la planificación de la familia y la educación sexual<sup>640</sup>.

Persona afectada: mujer.

---

<sup>639</sup> Documento de las Naciones Unidas CEDAW/C/EKU/CO/7, de 2008, párrafo 41.

<sup>640</sup> Documento de las Naciones Unidas CEDAW/C/MAR/CO/4, de 2008, párrafo 31.

**vii) Países Bajos (CEDAW 2008).–**

El Comité recomienda que Aruba recopile información, incluidos datos desglosados por sexo, sobre la prostitución y la trata de mujeres y que incluya esa información en su próximo informe. recomienda también que se fomente ampliamente la educación sexual de niñas y niños, con especial atención a la prevención del embarazo a una edad temprana y al control del VIH/SIDA y las enfermedades de transmisión sexual. El Comité exhorta a Aruba a que se encargue de la aplicación efectiva de sus estrategias en materia de VIH/SIDA y a que, en su próximo informe periódico, proporcione información estadística y analítica detallada sobre las mujeres y el VIH/SIDA. El Comité recomienda a Aruba que apruebe normas específicas sobre la violencia contra las mujeres<sup>641</sup>.

Persona afectada: niños, niñas, mujer.

**viii) Nigeria (CEDAW 2008).–**

El Comité insta al Estado Parte a que prosiga los esfuerzos orientados a mejorar la infraestructura de salud pública del país, especialmente la atención primaria de la salud, y a integrar una perspectiva de género en todas las reformas del sector de la salud. Insta asimismo al Estado Parte a que mejore el acceso de la mujer a servicios de atención de la salud asequibles y de calidad y servicios relacionados con la salud, en particular a nivel de atención primaria y en las zonas rurales. Insta además al Estado Parte a que incorpore un enfoque holístico y de ciclo de vida a la salud de la mujer, teniendo en cuenta su recomendación general 24 sobre la mujer y la salud. El Comité exhorta al Estado Parte a que garantice la aplicación cabal de las políticas y los programas tendientes a prevenir y combatir la malaria y el VIH/SIDA. Exhorta también al Estado Parte a que emprenda campañas de concienciación para mejorar el conocimiento de las mujeres acerca de las cuestiones de salud, prestando especial atención a la prevención y el control de las enfermedades de transmisión sexual y al VIH/SIDA<sup>642</sup>.

---

<sup>641</sup> Documento de las Naciones Unidas CEDAW/C/NLD/CO/4, de 2007, párrafo 38.

<sup>642</sup> Documento de las Naciones Unidas CEDAW/NGA/CO/6, de 2008, párrafo 32.

Persona afectada: niñas; mujer rural; mujer.

**ix) Portugal (CEDAW 2008).–**

El Comité recomienda que el Estado parte promueva la educación sobre salud sexual para adolescentes de ambos sexos y garantice el acceso a la información y los servicios de salud sexual, incluidos los servicios de interrupción de embarazos para todas las mujeres y niñas. El Comité también pide al Estado parte a que en su próximo informe facilite datos desglosados por sexo acerca de la salud y la prestación de cuidados médicos, así como más información y datos sobre la prevalencia entre las mujeres de las enfermedades de transmisión sexual, incluido el VIH/SIDA, y las medidas adoptadas para luchar contra esas enfermedades<sup>643</sup>.

Persona afectada: niñas, mujer.

**x) India (CEDAW 2007).–**

Al Comité le sigue preocupando la situación sanitaria de la mujer, por ejemplo, la tasa de mortalidad materna en las zonas rurales, que es una de las más elevadas del mundo; la alta prevalencia de las enfermedades infecciosas, especialmente las que se transmiten por el agua o los alimentos; la malnutrición; la anemia; los abortos practicados en condiciones peligrosas; las infecciones por VIH; y la insuficiencia de los servicios de obstetricia y planificación familiar. Si bien toma nota de los programas encaminados a mejorar el acceso de la mujer a los servicios de salud y reducir la mortalidad materna mencionados en el informe, al Comité le preocupa que no se le haya presentado información sobre los efectos de esos programas y medidas. También le preocupa que el Estado Parte no cuente con datos fidedignos sobre la situación sanitaria de la mujer, como las tasas de morbilidad y mortalidad relacionadas con el embarazo y con otros factores o el número de infecciones por VIH, lo que le impide establecer puntos de referencia y hacer un seguimiento de los avances conseguidos. Además, al Comité le

---

<sup>643</sup> Documento de las Naciones Unidas CEDAW/C/PRT/CO/7, de 2008, párrafo 43.

preocupa que la privatización de los servicios de salud limite las posibilidades de la mujer de acceder a ellos<sup>644</sup>.

Persona afectada: personas viviendo en pobreza; mujer rural; mujer.

**xi) Nueva Zelanda (CEDAW 2007).–**

Si bien observa con reconocimiento que en el Estado Parte existen servicios médicos gratuitos y una amplia cobertura médica, tales como pruebas para detectar el cáncer en las mujeres, preocupa al Comité que las mujeres de diferentes grupos étnicos y las mujeres rurales no tengan el mismo grado de acceso a los servicios de salud ni de posibilidades de usarlos. Al Comité también le preocupa la disparidad en la esperanza de vida entre las mujeres de ascendencia europea y las de otros grupos étnicos. El Comité expresa asimismo su inquietud acerca de las elevadas tasas de enfermedades de transmisión sexual y de embarazo de adolescentes. El Comité insta al Estado Parte a mejorar las tasas de acceso a la atención médica y a los servicios y la información relacionados con la salud, en especial para las mujeres de las zonas rurales o las que tropiezan con trabas culturales o lingüísticas.

Exhorta además al Estado Parte a que redoble sus esfuerzos por reunir y analizar información sobre los grados de acceso y utilización de los servicios sanitarios por diferentes grupos de mujeres, y a que aplique medidas correctivas que corresponda. El Comité exhorta al Estado Parte a que preste más atención a determinar y abordar los factores que reducen la esperanza de vida de las mujeres que no son de ascendencia europea. El Comité exhorta al Estado Parte a que mejore el suministro de información sobre salud reproductiva y anticoncepción a las mujeres y las niñas, y a que promueva ampliamente la educación sexual dirigida a niñas y niños, con especial hincapié en la prevención de las enfermedades de transmisión sexual y el embarazo de adolescentes<sup>645</sup>.

**xii) Tayikistán (CEDAW 2007).–**

---

<sup>644</sup> Documento de las Naciones Unidas CEDAW/C/IND/CO/3, de 2007, párrafo 40.

<sup>645</sup> Documento de las Naciones Unidas CEDAW/C/NZL/CO/6, de 2007, párrafos 38-39.

El Comité recomienda al Estado Parte que siga tomando medidas para mejorar el acceso de las mujeres a los servicios generales de salud, y más concretamente a los servicios de salud reproductiva, con ayuda de organismos internacionales en caso necesario. Insta también al Estado Parte a que redoble sus esfuerzos por mejorar la disponibilidad de servicios de salud sexual y reproductiva, entre ellos servicios de planificación familiar, a que movilice recursos con ese fin y a que supervise las condiciones reales de acceso de las mujeres a dichos servicios.

Asimismo, recomienda que se promueva ampliamente la educación en materia de planificación familiar y salud reproductiva y que se dirija tanto a niños como a niñas, haciendo especial hincapié en la prevención de embarazos prematuros entre niñas casadas menores de edad y en el control de enfermedades de transmisión sexual y del VIH/SIDA.

El Comité pide al Estado Parte que incluya en su próximo informe más información, especialmente datos sobre tendencias que cubran el ciclo de vida de las mujeres, en relación con: la salud general y la salud reproductiva de las mujeres, incluidas sus tasas y causas de mortalidad y morbilidad en comparación con las de los hombres, particularmente en lo que respecta a la mortalidad materna; las tasas de uso de anticonceptivos; el intervalo entre nacimientos y las enfermedades que afectan a mujeres y niñas, especialmente diversas formas de cáncer; así como información actualizada sobre las medidas adoptadas por el Estado Parte para mejorar el acceso de las mujeres a los servicios de atención sanitaria, incluidos la planificación familiar y los servicios destinados a prevenir y tratar el cáncer. También pide al Estado Parte que incluya información sobre los mecanismos de que dispone para supervisar y evaluar las estrategias relativas a la salud<sup>646</sup>.

Persona afectada: niñas; mujer rural; mujer.

**xiii) Vietnam (CEDAW 2007).—**

---

<sup>646</sup> Documento de las Naciones Unidas CEDAW/C/TJK/CO/3, de 2007, párrafo 32.

El Comité insta al Estado Parte a adoptar medidas concretas para mejorar el acceso de las mujeres a los servicios de salud, en particular los servicios de salud sexual y reproductiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención y la Recomendación general No. 24 del Comité sobre la mujer y la salud. Pide al Estado Parte que refuerce las medidas encaminadas a prevenir los embarazos indeseados, mediante una mayor disponibilidad, aceptabilidad y utilización de medios modernos de control de la natalidad a fin de que no se recurra al aborto como método de planificación de la familia. Asimismo, el Comité recomienda al Estado Parte que preste atención prioritaria a las necesidades de los adolescentes y los jóvenes en materia de salud sexual y reproductiva y que imparta educación sexual adecuada para las diferentes edades, incluso en los programas escolares, con atención particular a la prevención del embarazo prematuro, las enfermedades de transmisión sexual y el VIH/SIDA. Además, pide al Estado Parte que garantice la aplicación efectiva de su Estrategia nacional sobre la prevención y el control del VIH/SIDA mejorando el acceso a los medicamentos antirretrovirales, la protección y atención de los niños nacidos con VIH y la capacitación del personal médico<sup>647</sup>.

Persona afectada: niñas; mujer.

#### **xiv) Brasil (CEDAW 2007).—**

El Comité observa las medidas adoptadas por el Estado Parte para mejorar la salud de la mujer, incluida la salud sexual y reproductiva, como la Política nacional de derechos sexuales y reproductivos (mayo de 2006), el Pacto nacional para la reducción de la mortalidad materna y el Plan Integrado de lucha contra la feminización del VIH/SIDA y otras enfermedades de transmisión sexual; no obstante, expresa su preocupación por el hecho de que la tasa de mortalidad materna siga siendo elevada, lo que indica condiciones socioeconómicas precarias, bajos niveles de información y educación, una dinámica familiar vinculada a la violencia en el hogar y un muy difícil acceso a buenos servicios de salud. También preocupa al Comité la proporción de embarazos entre las adolescentes. Le preocupa además el elevado número de abortos en condiciones de riesgo, las sanciones punitivas impuestas a las mujeres que se someten a abortos y las

---

<sup>647</sup> Documento de las Naciones Unidas CEDAW/C/VNM/CO/6, de 2007, párrafo 25.

dificultades para acceder a cuidados para tratar las complicaciones derivadas de los abortos<sup>648</sup>.

Persona afectada; niñas; mujer.

**xv) Colombia (CEDAW 2007).–**

El Comité alienta al Estado Parte a proseguir sus esfuerzos para aumentar el acceso de la mujer a los servicios médicos, en particular los de atención de la salud sexual y reproductiva, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención y la recomendación general 24 del Comité sobre la mujer y la salud. Pide al Estado Parte que refuerce las medidas dirigidas a prevenir los embarazos no deseados, entre otras cosas, aumentando los conocimientos y la información acerca de diferentes métodos anticonceptivos y servicios de planificación familiar que existen para las mujeres y las niñas, así como el acceso a ellos, y adopte medidas para evitar que las mujeres recurran a procedimientos médicos de riesgo, como el aborto ilegal, debido a la falta de servicios adecuados de planificación familiar y anticoncepción o a su inaccesibilidad.

El Comité recomienda que el Estado Parte preste atención prioritaria a la situación de las adolescentes y las mujeres rurales e indígenas, incluidas las de ascendencia africana, y proporcione educación sexual apropiada, con atención particular a la prevención de los embarazos y las enfermedades de transmisión sexual, incluso como parte del programa regular de estudios. Insta al Estado Parte a que garantice que las mujeres que deseen interrumpir un embarazo de forma legal puedan acceder a ese tipo de servicios, entre otras cosas, aclarando las responsabilidades del personal de salud pública. Recomendamos que el Estado Parte adopte medidas para garantizar que el marco normativo y las directrices vigentes que rigen el acceso a servicios de calidad para la interrupción del embarazo de forma legal y para el tratamiento de las complicaciones derivadas de los abortos ilícitos y practicados en condiciones de riesgo se apliquen en la práctica, y que los profesionales médicos y sanitarios reciban suficiente capacitación e información sobre sus obligaciones, a fin de reducir las tasas de mortalidad materna<sup>649</sup>.

---

<sup>648</sup> Documento de las Naciones Unidas CEDAW/BRA/CO/6, de 2007, párrafo 29.

<sup>649</sup> Documento de las Naciones Unidas CEDAW/C/COL/CO/6, de 2007, párrafo 23.



Persona afectada: niñas; indígenas; minorías raciales, étnicas, lingüísticas, religiosas o grupos basados en la descendencia; personas viviendo en la pobreza; mujer rural; mujer.

#### **4.3.2.2. Denuncia de particulares.**

Este mecanismo se encuentra contemplado en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución A/54/4, de 6 de octubre de 1999. Este Protocolo entró en vigencia el 22 de diciembre de 2000, de conformidad con el artículo 16 (1)<sup>650</sup>.

Mediante este Protocolo todo Estado Parte en el reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que se hallen bajo la jurisdicción del Estado Parte de cualquiera de los derechos enunciados en la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas. Cuando se presente una comunicación en nombre de personas o grupos de personas, se requerirá su consentimiento, a menos que el autor pueda justificar el actuar en su nombre sin tal consentimiento.

A continuación se indicará una comunicación presentada ante este Comité –de interés para nuestra tesis– en que se consideró que el Estado Parte había violado alguna de las obligaciones previstas en la Convención:

**i) Sra. A. S. v/s Hungría. Dictamen de 14 de agosto de 2006, recaído en procedimiento iniciado por Comunicación No. 4/2004<sup>651</sup>.**

**Caso presentado.** La Sra. A.S., mujer romaní de nacionalidad húngara, nacida el 5 de septiembre de 1973, representada por el Centro Europeo de Derechos de los Romaníes y por la Oficina de Defensa Jurídica de las Minorías Nacionales y Étnicas, presenta esta

---

<sup>650</sup> Artículo 16: “1. El presente Protocolo entrará en vigencia transcurridos tres meses a partir de la fecha en que haya sido depositado en poder del Secretario General de las Naciones Unidas el décimo instrumento de ratificación o de adhesión”.

<sup>651</sup> Véase documento de las Naciones Unidas CEDAW/C/36/D/4/2004, de 29 de agosto de 2006, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.

comunicación de fecha 12 de febrero de 2004, en contra de Hungría alegando que fue sometida a esterilización forzada por el personal médico de un hospital húngaro.

De acuerdo a los hechos expuestos por la autora arribó al hospital en ambulancia por contracciones de parto y rompimiento del saco amniótico y que solo posteriormente a saber que había muerto su feto se enteró que además la habían sometido a esterilización forzada: “Los registros hospitalarios muestran que dentro de los 17 minutos siguientes a la llegada de la ambulancia al hospital, se realizó la cesárea, se extrajeron la placenta y el feto muerto y se ligaron las trompas de Falopio de la autora. Antes de irse del hospital, la autora pidió al médico que le informara sobre su estado de salud y sobre cuándo podría intentar tener otro bebé. Sólo en ese momento se enteró del significado de la palabra “esterilización”. Los registros médicos también indican las precarias condiciones de salud de la autora a su llegada al centro hospitalario”<sup>652</sup>.

La autora alega que Hungría ha violado el apartado h) del artículo 10, el artículo 12 y el apartado e) del párrafo 1 del artículo 16 de la Convención.

**Sobre la admisibilidad de la Comunicación.** Un elemento que nos parece importante destacar tiene que ver con el criterio aplicado por el Comité para declarar admisible esta comunicación, toda vez que de conformidad con el apartado e) del párrafo 2 del artículo 4 del Protocolo Facultativo, éste contempla que el Comité declarará inadmisibile una comunicación cuando los hechos objeto de la misma hayan sucedido antes de la fecha de entrada en vigor del Protocolo Facultativo para el Estado Parte interesado, salvo que esos hechos continúen produciéndose después de esa fecha. En efecto, al considerar esta disposición, el Comité observa que el incidente que originó la comunicación tuvo lugar el 2 de enero de 2001, fecha que es anterior al 22 de marzo de 2001, día que entró en vigor el Protocolo Facultativo en Hungría.

Sin perjuicio de ello, el Comité observa que: “No obstante, la autora ha pedido al Comité que determine si ciertos derechos que le confiere la Convención han sido y continúan siendo violados como consecuencia de la intervención quirúrgica de esterilización”, para luego evaluar que “se han presentado argumentos convincentes de

---

<sup>652</sup> Comunicación N°4/2004, dictamen de 14 de agosto de 2006, párrafo 2.3.

que la esterilización debería considerarse permanente, a saber: la finalidad de la esterilización es ser irreversible; la tasa de éxito de la operación destinada a revertir la esterilización es baja y depende de muchos factores, entre ellos la forma en que se realizó la esterilización, la magnitud del daño causado a las trompas de Falopio u otros órganos reproductivos y la pericia del cirujano; el procedimiento quirúrgico de reversión conlleva riesgos; y aumenta la probabilidad de un embarazo ectópico después de este tipo de operación”, y concluir al respecto que “en consecuencia, el Comité considera que los hechos objeto de la comunicación son de carácter permanente y por tanto se justifica la admisibilidad *ratione temporis*”<sup>653</sup>.

**Decisión del Comité.** Al examinar el fondo del asunto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer considera que los hechos que le han sido expuestos constituyen una infracción del apartado h) del artículo 10, del artículo 12 y del apartado e) del párrafo 1 del artículo 16 de la Convención y formula al Estado Parte las recomendaciones siguientes<sup>654</sup>:

- I. En lo que respecta a la autora de la comunicación: pagar a la Sra. A. S. una indemnización apropiada, proporcional a la gravedad de las violaciones de sus derechos.
- II. En términos generales: tomar nuevas medidas para asegurarse de que todo el personal competente de los centros sanitarios públicos y privados, incluidos los hospitales y las clínicas, conozca y aplique las disposiciones oportunas de la Convención; revisar la legislación nacional relativa al principio del consentimiento con conocimiento de causa en los casos de esterilización y asegurarse de su conformidad con los derechos humanos y normas médicas internacionales; hacer un seguimiento de los centros sanitarios públicos y privados, incluidos los hospitales y las clínicas, en que se practiquen esterilizaciones, para asegurarse de que los pacientes dan su consentimiento con pleno conocimiento de causa antes de que se lleve a cabo la intervención de esterilización, e imponer las debidas sanciones en caso de que no sea así.

---

<sup>653</sup> Comunicación N°4/2004, dictamen de 14 de agosto de 2006, párrafo 10.4.

<sup>654</sup> Comunicación N°4/2004, dictamen de 14 de agosto de 2006, párrafo 11.5.

Por último, dictamina que “de conformidad con el párrafo 4 del artículo 7, el Estado Parte dará la debida consideración a las opiniones del Comité, así como a sus recomendaciones, y presentará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito, en que se incluya información sobre toda medida que se haya adoptado en función de las opiniones y recomendaciones del Comité”, al tiempo que “se solicita también al Estado Parte que publique las opiniones y recomendaciones del Comité y que las traduzca al idioma húngaro y les dé amplia difusión para que lleguen a todos los sectores pertinentes de la sociedad”<sup>655</sup>.

#### **4.3.3. Convención de los Derechos del Niño, de 1989.**

La Convención sobre los Derechos del Niño, fue adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General, en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989, entrando en vigor el 2 de septiembre de 1990, de conformidad con el artículo 49, el cual ordena que la Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o de adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. Actualmente la han ratificado 192 Estados Partes.

#### **Disposiciones de interés para la tesis.**

“Artículo 24.

1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.
2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:
  - a) Reducir la *mortalidad* infantil y en la niñez;
  - b) *Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria* que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud;

---

<sup>655</sup> Comunicación N°4/2004, dictamen de 14 de agosto de 2006, párrafo 11.6.

- c) *Combatir las enfermedades y la malnutrición en el marco de la atención primaria de la salud* mediante, entre otras cosas, la aplicación de la tecnología disponible y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;
  - d) *Asegurar atención sanitaria* prenatal y postnatal apropiada a las madres;
  - e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;
  - f) *Desarrollar la atención sanitaria preventiva*, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.
3. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.
4. Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la *cooperación internacional* con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.”.

**El Comité de los Derechos del Niño.** Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la presente Convención, se establece un Comité de los Derechos del Niño en la forma estipulada en el artículo 43 y con las funciones consignadas en los artículos 44 y 45 de la Convención, entre las cuales cabe precisar, que no se encuentra la denuncia de particulares.

#### **4.3.3.1. Mecanismo no contencioso.**

Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes, el artículo 43 de la Convención sobre Derechos del Niño establece el Comité de los Derechos del Niño.

A continuación se citan algunos informes de este Comité, y sus respectivas observaciones o recomendaciones, con relación a las enfermedades infecciosas, en

aplicación del artículo 44 de la Convención. Las observaciones y recomendaciones del Comité serán ordenadas cronológicamente de más recientes a menos recientes:

**i) Bulgaria (CRC 2008).—**

El Comité está preocupado por el aumento de la incidencia de enfermedades de transmisión sexual, en particular la sífilis y el VIH/SIDA, entre los adolescentes. El Comité recomienda al Estado parte que, teniendo presente su *Observación general N° 3 sobre el VIH/SIDA y los derechos del niño* (CRC/GC/2003/3) y las Directrices internacionales sobre el VIH/SIDA y los derechos humanos, refuerce sus iniciativas de prevención mediante la realización de campañas y programas de educación, en particular en las escuelas, a fin de fomentar la sensibilización respecto de las enfermedades de transmisión sexual, incluidos la sífilis y el VIH/SIDA, así como respecto de los métodos de prevención<sup>656</sup>.

Persona afectada: niños.

**ii) México (CRC 2006).—**

El Comité celebra la importancia que se da a la salud de los niños en el Plan Nacional de Desarrollo 2001–2006 y el Programa Nacional de Salud 2001–2006. El Comité celebra también la disminución de la tasa de malnutrición en las zonas urbanas, la reducción de las tasas de mortalidad de niños menores de un año y de niños menores de 5 años por enfermedades infecciosas, así como la gran cobertura de vacunación. Sin embargo, siguen preocupando al Comité las altas tasas de mortalidad derivada de la maternidad, la aparición del problema de la obesidad y el bajo porcentaje del PIB que se asigna a la salud. También le sigue preocupando profundamente la insuficiente atención postnatal y el considerable empeoramiento de las tasas de mortalidad y malnutrición, así como otros indicadores de salud, referentes a las zonas rurales y alejadas y a las madres y los niños indígenas.

---

<sup>656</sup> Documento de las Naciones Unidas CRC/C/BGR/CO/2, de 2008, párrafos 51-52.

El Comité reitera al Estado Parte sus recomendaciones anteriores (véase CRC/C/15/Add. 112, párrs. 26 y 27) y, en particular, la de que aplique todas las medidas necesarias para reducir las persistentes disparidades regionales en lo que respecta al acceso a la atención de la salud, las altas tasas de malnutrición entre niños menores de 5 años y niños en edad escolar, especialmente en las zonas rurales y apartadas, y entre los niños pertenecientes a grupos indígenas. También recomienda la elaboración de programas de intervención para hacer frente a los nuevos desafíos que plantean los procesos de globalización y urbanización, como la obesidad infantil y la higiene ambiental<sup>657</sup>.

Persona afectada: niños; indígena; mujer.

### **iii) Congo (CRC 2006).—**

Si bien observa con satisfacción el inicio del Plan nacional de desarrollo de los servicios de salud y sus programas específicos, al Comité le preocupa la creciente incidencia de la mortalidad infantil, especialmente de niños menores de 5 años, de la malnutrición y de la mortalidad materna. También inquietan al Comité la amplia incidencia del paludismo, considerado como la principal causa de mortalidad y morbilidad, y la propagación de enfermedades infecciosas por las malas condiciones sanitarias y la falta de agua potable, sobre todo en las zonas rurales. Asimismo preocupa al Comité la escasa cobertura inmunitaria en el Estado Parte y el hecho de que a veces se cobre una tasa de vacunación a los padres. El Comité está sumamente preocupado por el nivel y la calidad de la atención prestada en los centros de salud, donde el personal sanitario carece de formación, hay escasez de medicinas y falta de saneamiento y de agua potable limpia. Por último, le preocupa que el 50% de la población urbana y el 76% de la rural utilicen letrinas tradicionales, lo que supone un grave riesgo de contaminación del agua subterránea y pluvial.

El Comité recomienda que el Estado Parte intensifique sus esfuerzos para mejorar la situación de la salud infantil, entre otras cosas: a) Garantizando la prestación de la asistencia médica necesaria y el acceso a los servicios de salud para todos los niños, con

---

<sup>657</sup> Documento de las Naciones Unidas CRC/C/MEX/CO/3, de 2006, párrafos 48-49.

particular empeño en el desarrollo de los centros de atención primaria de la salud; y garantizando que éstos estén dotados de instalaciones adecuadas y mantengan condiciones sanitarias satisfactorias, como el acceso al agua potable limpia; b) Tratando con urgencia el problema de la mortalidad infantil y en la niñez, especialmente mediante medidas y tratamientos preventivos, como la vacunación, una mejor nutrición y la prevención de enfermedades transmisibles y el paludismo; c) Incrementando los esfuerzos para seguir reduciendo la mortalidad materna en todo el país; d) Adoptando y aplicando una ley nacional sobre la comercialización de sucedáneos de la leche materna y promoviendo la lactancia materna exclusiva durante un mínimo de seis meses; e) Velando por que todos los segmentos de la sociedad estén informados, tengan acceso a la educación en materia de salud y reciban apoyo para que hagan uso de las nociones básicas de salud y nutrición infantil, como las ventajas de la lactancia materna; f) Dotando a los hospitales de suficiente material de obstetricia y medicamentos de urgencia; g) Examinando las políticas y prácticas vigentes y velando por que se preste atención de salud gratuita y sin discriminación a todos los niños de familias que no puedan pagar los gastos; h) Incrementando las actividades de lucha contra el paludismo; i) Ofreciendo un saneamiento de aguas correcto y el acceso a un agua potable limpia en todo el país; y j) Facilitando servicios de salud adecuados para atender específicamente las necesidades de los indígenas.

Si bien acoge con satisfacción el inicio del Programa Nacional de Lucha contra el SIDA (2005–2008) y la aprobación del Decreto N° 2002/360 de 30 de noviembre de 2002 por el que se establece el Consejo Nacional de Lucha contra el SIDA, el Comité sigue preocupado porque son muy pocos los niños seropositivos que tienen acceso a los medicamentos antirretrovirales. El Comité también está preocupado por la falta de datos globales y de una política pediátrica sobre el VIH/SIDA y por su alto nivel de transmisión de la madre al hijo<sup>658</sup>.

Persona afectada: niños; indígena; mujer.

#### **iv) Mongolia (CRC 2005).–**

---

<sup>658</sup> Documento de las Naciones Unidas CRC/C/COG/CO/1, de 2006, párrafos 58-59.



Si bien reconoce los esfuerzos del Estado Parte por mejorar la atención primaria de la salud, en particular la prevención de enfermedades infecciosas como el sarampión, la meningitis y la difteria como resultado de la satisfactoria aplicación del Programa Nacional de Vacunación 1993–2000, el Comité está preocupado por las disparidades regionales existentes en el acceso a los servicios de salud, por las altas tasas de mortalidad materna y de los niños menores de 5 años y las diferencias regionales en este aspecto, y por la situación predominante de malnutrición infantil. El Comité observa con inquietud que el índice de lactancia materna exclusiva está disminuyendo y que el Estado Parte todavía no ha adoptado el Código Internacional de Comercialización de Sucedáneos de la Leche Materna. El deficiente conocimiento de la utilización y de los efectos de los medicamentos y la limitación del acceso a los productos farmacéuticos infantiles asequibles son motivo de grave preocupación. El Comité expresa su inquietud por el deficiente estado de los servicios de saneamiento, los problemas de contaminación ambiental y la limitación del acceso al agua potable limpia e inocua en el país. Asimismo, al Comité le preocupa que los niños que han emigrado de las zonas rurales del país y viven la capital sin haberse registrado oficialmente tengan un acceso muy limitado a los servicios de salud y a los servicios sociales<sup>659</sup>.

Persona afectada: niños; migrantes.

#### **v) Armenia (CRC 2004).–**

El Comité repite que es motivo de preocupación la gran incidencia de amenazas al medio ambiente. En particular, señala con inquietud que las viejas tuberías de abastecimiento de agua y los desperfectos en el sistema de abastecimiento han dado lugar a la contaminación del agua y graves brotes de enfermedades infecciosas. A la luz del apartado c) del artículo 24 de la Convención, recomienda una vez más que el Estado Parte adopte las medidas apropiadas, como el recurso a cooperación internacional, para evitar y luchar contra los efectos perjudiciales para los niños de la degradación medioambiental como la polución y la contaminación de los recursos hídricos. El

---

<sup>659</sup> Documento de las Naciones Unidas CRC/C/15/ADD.264, de 2005, párrafo 43.

Comité lo incita a recoger datos sobre el abastecimiento de agua limpia y el saneamiento<sup>660</sup>.

Persona afectada: niños; general

**vi) Indonesia (CRC 2004).–**

El Comité reconoce que han aumentado las partidas en concepto de salud, pero siguen siendo motivo de preocupación la alta tasa de mortalidad de la madre, la incidencia de malnutrición en la infancia, la proporción de niños de bajo peso al nacer y la prevalencia de enfermedades infecciosas o transmitidas por mosquitos, como el paludismo, la baja tasa de inmunización y el escaso abastecimiento de agua apta para el consumo y el escaso saneamiento, sobre todo en las zonas asoladas por un conflicto<sup>661</sup>.

Persona afectada: niños; personas afectadas por conflicto armado.

**vii) Haití (CRC 2003).–**

El Comité se felicita por los esfuerzos emprendidos por el Estado Parte en la esfera de la salud básica y el bienestar, tales como el Programa Ampliado de Vacunación, la adhesión a la Gestión Integrada de Enfermedades Infantiles, la iniciativa "Hospitales amigos del niño" y la promoción de la lactancia materna, pero sigue profundamente preocupado ante las elevadas tasas de mortalidad de los niños menores de 5 años y de las madres y la reducida esperanza de vida que existe en el Estado Parte. El Comité también sigue preocupado por el hecho de que el acceso a los servicios de salud es limitado en las zonas rurales y de que la supervivencia y el desarrollo de los niños en el Estado Parte siguen amenazados por enfermedades infantiles tempranas e infecciosas, la diarrea y la malnutrición. El Comité se siente también inquieto ante las malas condiciones del saneamiento y el acceso insuficiente al agua potable, sobre todo en las zonas rurales<sup>662</sup>.

---

<sup>660</sup> Documento de las Naciones Unidas CRC/C/15/ADD.225, de 2004, párrafos 49-50.

<sup>661</sup> Documento de las Naciones Unidas CRC/C/15/ADD.223, de 2004, párrafo 55.

<sup>662</sup> Documento de las Naciones Unidas CRC/C/15/ADD.202, de 2003, párrafo 44.

Persona afectada: niños.

#### **4.3.4. Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, de 1990.**

La Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en su resolución 45/158, de 18 de diciembre de 1990.

##### **Disposiciones de interés para la tesis..**

“Artículo 28.

Los trabajadores migratorios y sus familiares tendrán derecho a recibir cualquier tipo de atención médica urgente que resulte necesaria para preservar su vida o para evitar daños irreparables a su salud en condiciones de igualdad de trato con los nacionales del Estado de que se trate. Esa atención médica de urgencia no podrá negarse por motivos de irregularidad en lo que respecta a la permanencia o al empleo”.

“Artículo 43.

1. Los trabajadores migratorios gozarán de igualdad de trato respecto de los nacionales del Estado de empleo en relación con:

e) El acceso a los servicios sociales y de salud, siempre que se hayan satisfecho los requisitos establecidos para la participación en los planes correspondientes;”

“Artículo 45.

1. Los familiares de los trabajadores migratorios gozarán, en el Estado de empleo, de igualdad de trato respecto de los nacionales de ese Estado en relación con:

c) El acceso a servicios sociales y de salud, a condición de que se cumplan los requisitos para la participación en los planes correspondientes;”

**El Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares.** El Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus Familiares (CMW) es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la protección de los

derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares por sus Estados Partes. Este Comité celebró su primer período de sesiones en marzo de 2004.

#### **4.3.4.1. Mecanismo no contencioso.**

Con la finalidad de supervisar la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y de sus familiares, el artículo 74 de la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, dispone que se sometan a consideración del Comité de protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares, los informes de los Estados Partes para su análisis y observaciones correspondientes.

Así, todos los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar un informe un año después de su adhesión a la Convención, y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de "observaciones finales".

A continuación se citan algunos informes de este Comité, y sus respectivas observaciones o recomendaciones, en relación con la atención primaria de salud de los trabajadores migratorios y de sus familiares, en aplicación del artículo 74 de la Convención. Las observaciones y recomendaciones del Comité serán ordenadas cronológicamente de más recientes a menos recientes:

#### **i) República Árabe de Siria (CMW 2008).—**

Si bien el Comité observa que las leyes sirias no hacen discriminación en general entre trabajadores sirios y trabajadores migratorios en las esferas que abarca la Convención, le sigue preocupando que los trabajadores migratorios y sus familiares, en algunos casos, puedan sufrir discriminación en la práctica, especialmente a nivel local, en el ejercicio de sus derechos y libertades reconocidos en la Convención y en sus posibilidades de acceder a oportunidades de empleo, a la vivienda y a los servicios de atención de salud y educación.

El Comité alienta al Estado Parte a que redoble sus esfuerzos para: a) Velar por que todos los trabajadores migratorios y sus familiares que se encuentren en su territorio o estén sujetos a su jurisdicción gocen de los derechos reconocidos en la Convención sin discriminación alguna, de conformidad con el artículo 7; b) Promover campañas de información destinados a los funcionarios que trabajan en el ámbito de la migración, especialmente a nivel local, y al público en general acerca de la eliminación de la discriminación contra los migrantes. c) Derecho a un recurso efectivo<sup>663</sup>.

Persona afectada: trabajadores migratorios; extranjeros.

**ii) Ecuador (CMW 2007).–**

El Comité observa que, con arreglo al sistema de salud pública del Estado Parte, toda persona tiene derechos a recibir servicios médicos, independientemente de su situación migratoria. Sin embargo, el Comité expresa preocupación por los informes acerca de que, en la práctica, los trabajadores migratorios en situación irregular y sus familiares tienen dificultades para su acceso al sistema de salud pública.<sup>40</sup> El Comité recomienda al Estado Parte que intensifique sus esfuerzos para asegurar, de conformidad con el artículo 28 de la Convención, que todos los trabajadores migratorios y sus familiares, independientemente de su situación migratoria, gocen en la práctica del derecho a recibir todo tipo de atención médica que requiera con urgencia para la preservación de su vida o para evitar daños irreparables a su salud sobre la base de la igualdad de trato con ciudadanos del Estado Parte<sup>664</sup>.

Persona afectada: trabajadores migratorios.

**iii) Egipto (CMW 2007).–**

El Comité toma nota de que el principio de no discriminación enunciado en el artículo 40 de la Constitución se refiere solamente a los ciudadanos egipcios. Le preocupan informaciones según las cuales los trabajadores migratorios y sus familiares sufren

---

<sup>663</sup> Documento de las Naciones Unidas CMW/C/SYR/CO/1, de 2008, párrafos 23-24.

<sup>664</sup> Documento de las Naciones Unidas CMW/C/ECU/CO/1, de 2007, párrafos 39-40.

distintas formas de discriminación en el ámbito del trabajo y la vivienda, tienen un acceso limitado a los servicios de salud y educación, y son víctimas de estigmatización social.

El Comité alienta al Estado Parte a que redoble sus esfuerzos para: a) Velar por que todos los trabajadores migratorios y los familiares de éstos que se hallen dentro de su territorio o sometidos a su jurisdicción disfruten de los derechos previstos en la Convención sin distinción alguna, de conformidad con el artículo 7; b) Promover campañas para sensibilizar a los funcionarios públicos que trabajan en el ámbito de las migraciones, especialmente a nivel local, y al público en general de la necesidad de suprimir la discriminación de los migrantes, y combatir su marginación social y estigmatización<sup>665</sup>.

Persona afectada: migrantes; trabajador migratorio.

#### **4.3.4.2. Denuncia de particulares.**

La Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares también contiene una disposición que permite la interposición de comunicaciones individuales para que sean consideradas por el Comité de Protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus Familiares, la cual entrará en vigencia una vez que diez (10) Estados Partes hayan efectuado la necesaria declaración contemplada en el artículo 77 de la Convención.

#### **4.3.5. Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 2006.**

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, fue adoptada el 13 de diciembre de 2006, durante la 61ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por la Resolución A/RES/61/106. Entró en vigencia el 3 de mayo de 2008, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 45 numeral 1 de esta Convención, a contar del

---

<sup>665</sup> Documento de las Naciones Unidas CMW/C/EGY/CO/1, de 2007, párrafos 20-21.

trigésimo día en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión. Actualmente tiene 98 Estados Partes<sup>666</sup>.

### **Disposiciones de interés para la tesis.**

#### **“Artículo 25 Salud**

Los Estados Partes reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho a gozar del más alto nivel posible de salud sin discriminación por motivos de discapacidad. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a servicios de salud que tengan en cuenta las cuestiones de género, incluida la rehabilitación relacionada con la salud. En particular, los Estados Partes:

- a) Proporcionarán a las personas con discapacidad programas y atención de la salud gratuitos o a precios asequibles de la misma variedad y calidad que a las demás personas, incluso en el ámbito de la salud sexual y reproductiva, y programas de salud pública dirigidos a la población;
- b) Proporcionarán los servicios de salud que necesitan las personas con discapacidad específicamente como consecuencia de su discapacidad, incluidas la pronta detección e intervención, cuando proceda, y servicios destinados a prevenir y reducir al máximo la aparición de nuevas discapacidades, incluidos los niños y las niñas y las personas mayores;
- c) Proporcionarán esos servicios lo más cerca posible de las comunidades de las personas con discapacidad, incluso en las zonas rurales;
- d) Exigirán a los profesionales de la salud que presten a las personas con discapacidad atención de la misma calidad que a las demás personas sobre la base de un consentimiento libre e informado, entre otras formas mediante la sensibilización respecto de los derechos humanos, la dignidad, la autonomía y las necesidades de las personas con discapacidad a través de la capacitación y la promulgación de normas éticas para la atención de la salud en los ámbitos público y privado;
- e) Prohibirán la discriminación contra las personas con discapacidad en la prestación de seguros de salud y de vida cuando éstos estén permitidos en la legislación nacional, y velarán por que esos seguros se presten de manera justa y razonable;

---

<sup>666</sup> Véase el sitio electrónico [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-15&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en) (visitado el 29 de agosto de 2011).

f) Impedirán que se nieguen, de manera discriminatoria, servicios de salud o de atención de la salud o alimentos sólidos o líquidos por motivos de discapacidad”.

**Comité de los derechos de las personas con discapacidad.** El Comité de los derechos de las personas con discapacidad es el órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la Convención. El Comité se encuentra en Ginebra y su primera sesión se efectuó entre el 23 y el 27 de febrero de 2009.

#### **4.3.5.1. Mecanismo no contencioso.**

De acuerdo con el artículo 35, los Estados Partes presentarán al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, un informe exhaustivo sobre las medidas que hayan adoptado para cumplir sus obligaciones conforme a la presente Convención y sobre los progresos realizados al respecto en el plazo de dos años contado a partir de la entrada en vigor de la presente Convención en el Estado Parte de que se trate.

Por su parte, de acuerdo al artículo 36, el Comité considerará todos los informes, hará las sugerencias y las recomendaciones que estime oportunas respecto a ellos y se las remitirá al Estado Parte de que se trate. Éste podrá responder enviando al Comité cualquier información que desee. El Comité podrá solicitar a los Estados Partes más información con respecto a la aplicación de la presente Convención.

De tal manera este mecanismo debiera en el transcurso de los próximos años empezar a generar importantes recomendaciones y observaciones por parte del Comité respecto de los Informes de los Estados Partes.

#### **4.3.5.2. Denuncia de particulares.**

El Protocolo Facultativo reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte a la Convención que no sea parte en el presente Protocolo.



Al igual que la Convención, el Protocolo Opcional también fue adoptado el 13 de diciembre de 2006 durante la 61ª sesión de la Asamblea General de las Naciones Unidas, por la Resolución A/RES/61/106 y entró en vigencia el 3 de mayo de 2008, de acuerdo con el artículo 13 (1). Actualmente cuenta con 60 Estados Partes que lo han ratificado y está llamado a generar con el tiempo una importante jurisprudencia.

#### **4.3.6. Convención sobre el estatuto de los refugiados, de 1951<sup>667</sup>.**

“Artículo 23.—Asistencia pública

Los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentren legalmente en el territorio de tales Estados el mismo trato que a sus nacionales en lo que respecta a asistencia y a socorro públicos”.

“Artículo 24.—Legislación del trabajo y seguros sociales

1. Los Estados Contratantes concederán a los refugiados que se encuentran legalmente en el territorio de tales Estados el mismo trato que a los nacionales en lo concerniente a las materias siguientes:

(...)

b) Seguros sociales (disposiciones legales respecto a accidentes del trabajo, maternidad, enfermedad, invalidez, ancianidad, fallecimiento, desempleo, responsabilidades familiares y cualquier otra contingencia que, conforme a las leyes o los reglamentos nacionales, esté prevista en un plan de seguro social), con sujeción a las limitaciones siguientes:

- i) Posibilidad de disposiciones adecuadas para la conservación de los derechos adquiridos y de los derechos en vías de adquisición;
- ii) Posibilidad de que las leyes o reglamentos nacionales del país de residencia prescriban disposiciones especiales concernientes a los beneficios pagaderos totalmente con fondos públicos, o a subsidios pagados a personas que no reúnen las condiciones de aportación prescritas para la concesión de una pensión normal”.

---

<sup>667</sup> Adoptada el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el estatuto de los refugiados y de los apátridas (Naciones Unidas), convocada por la Asamblea General en su resolución 429 (V), de 14 de diciembre de 1950. Entrada en vigor: 22 de abril de 1954, de conformidad con el artículo 43.

#### 4.3.7. Convenio sobre pueblos indígenas y tribales, de 1989<sup>668</sup>.

##### “Artículo 7

2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento”.

##### “Artículo 20

2. Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores, especialmente en lo relativo a:

c) asistencia médica y social, seguridad e higiene en el trabajo, todas las prestaciones de seguridad social y demás prestaciones derivadas del empleo, así como la vivienda”.

##### “Artículo 25

1. Los gobiernos deberán velar por que se pongan a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental.

2. Los servicios de salud deberán organizarse, en la medida de lo posible, a nivel comunitario. Estos servicios deberán planearse y administrarse en cooperación con los pueblos interesados y tener en cuenta sus condiciones económicas, geográficas, sociales y culturales, así como sus métodos de prevención, prácticas curativas y medicamentos tradicionales.

3. El sistema de asistencia sanitaria deberá dar la preferencia a la formación y al empleo de personal sanitario de la comunidad local y *centrarse en los cuidados*

---

<sup>668</sup> Convenio N°169, adoptado por la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo.

*primarios de salud*, manteniendo al mismo tiempo estrechos vínculos con los demás niveles de asistencia sanitaria.

4. La prestación de tales servicios de salud deberá coordinarse con las demás medidas sociales, económicas y culturales que se tomen en el país”.

## **5. COMPONENTES ESENCIALES DEL DERECHO HUMANO A LA ATENCION PRIMARIA DE SALUD EN LA LUCHA CONTRA LAS ENFERMEDADES INFECCIOSAS.**

En este capítulo fijaremos los componentes o elementos esenciales que configuran, a nuestro juicio, el derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

En efecto, el objeto en estudio en esta tesis ha sido progresivamente revisado hasta arribar a esta parte final. En el capítulo primero fue introducido el tema de análisis de nuestra tesis; luego en el capítulo segundo se trató en concreto lo que cabe comprender por la lucha contra las enfermedades infecciosas; el capítulo tercero se dedica a determinar el ámbito atribuido a la atención primaria de salud, crucial en todo sistema de salud, para enfrentar adecuadamente la lucha contra las enfermedades infecciosas; el capítulo cuarto hace un repaso en detalle del derecho a la salud; y por último en este capítulo quinto y final se detallan aquellos componentes esenciales del derecho humano que se propone.

Por tanto, este capítulo quinto se encuentra organizado de la manera que a continuación adelantamos. El párrafo 5.1 se refiere a la necesidad de actuar sobre los factores determinantes de la salud; el párrafo 5.2 al acceso a la atención de salud; y por último el párrafo 5.3, al desarrollo de investigación y desarrollo (I+D) basado en las necesidades sanitarias de la población.

### **5.1. Actuar sobre los factores determinantes de la salud.**

La promoción y prevención de la salud es de la mayor importancia para que las personas puedan efectivamente disfrutar del derecho a la salud, por ello uno de los elementos esenciales básicos que configuran el derecho humano propuesto en esta tesis, se encuentra constituida por la obligación de todo Estado de actuar sobre los factores determinantes de la salud.

Como se ha visto en el desarrollo de esta tesis, el derecho a la salud va mucho más allá de la sola atención médica, es un derecho inclusivo y se encuentra estrechamente vinculado y conexo con otros derechos fundamentales incluidos, por supuesto también, otros derechos sociales. El artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos es fiel reflejo de ello, lo que ya fue analizado en el capítulo cuatro precedente.

A continuación y para fines de una mejor ordenación y presentación, los factores determinantes serán expuestos y divididos en dos partes, sin perjuicio de lo cual se hace presente que dicha separación no es tajante ni precisa, sino que por el contrario tiene carácter complementario y se encuentran estrechamente vinculadas e imbricadas entre sí.

Por un lado, se encuentran los factores subyacentes determinantes o básicos de la salud (5.1.1) y por otro, los factores sociales determinantes de la salud (5.1.2). Se les otorga a estos elementos una relevancia crucial y determinante especialmente en el ámbito del control y prevención de las enfermedades infecciosas.

El Papa Benedicto XVI en un texto reciente de su autoría ha incorporado algunas menciones que en este momento resulta oportuno citar: “Pablo VI tenía una visión articulada del desarrollo. Con el término “desarrollo” quiso indicar ante todo el objetivo de que los pueblos salieran del hambre, la miseria, las enfermedades endémicas y el analfabetismo. Desde el punto de vista económico, eso significaba su participación activa y en condiciones de igualdad en el proceso económico internacional; desde el punto de vista social, su evolución hacia sociedades solidarias y con buen nivel de formación; desde el punto de vista político, la consolidación de regímenes democráticos capaces de asegurar libertad y paz. Después de tantos años, al ver con preocupación el desarrollo y la perspectiva de las crisis que se suceden en estos tiempos, nos preguntamos hasta qué punto se han cumplido las expectativas de Pablo VI siguiendo el modelo de desarrollo que se ha adoptado en las últimas décadas. Por tanto, reconocemos que estaba fundada la preocupación de la Iglesia por la capacidad del hombre

meramente tecnológico para fijar objetivos realistas y poder gestionar constante y adecuadamente los instrumentos disponibles”<sup>669</sup>.

#### **5.1.1. Factores subyacentes determinantes o básicos de la salud.–**

Los individuos, comunidades y poblaciones necesitan algo más que atención médica para gozar de buena salud especialmente en lo que tiene que ver con la vulnerabilidad a las enfermedades infecciosas.

Por ello, en la normativa internacional de derechos humanos se presenta el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental como un derecho que incluye no sólo una atención médica oportuna y apropiada, sino también la necesidad de dar satisfacción adecuada a los factores subyacentes determinantes o básicos de la salud, tales como el acceso al agua potable y a un saneamiento adecuado, un suministro suficiente de alimentos sanos, nutrición y vivienda adecuadas, condiciones sanas en el trabajo y el entorno ambiental, y el acceso a la educación e información sobre las cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva<sup>670</sup>.

Como se ha indicado a lo largo de esta tesis, tienen especial incidencia para el disfrute del derecho a la salud y en concreto para prevenir y controlar las enfermedades infecciosas los factores subyacentes determinantes de la salud. Es así como el acceso al agua potable y a un saneamiento adecuado, un suministro suficiente de alimentos sanos, nutrición y vivienda adecuadas, condiciones sanas en el trabajo y el entorno ambiental, y el acceso a la educación e información sobre las cuestiones relacionadas con la salud, incluida la salud sexual y reproductiva, que se dará repaso a continuación, son claves para el efectivo goce del derecho a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

---

<sup>669</sup> BENEDICTO XVI, Op. Cit., p. 31.

<sup>670</sup> Véase la O.G. N°14, de 2000, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC) del Comité PIDESC y el Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, documento de las Naciones Unidas A/HRC/7/11, de 31 de enero de 2008, párrafo 45.

#### **5.1.1.1. Acceso a agua potable y a un saneamiento adecuado.**

En la Observación General N°15, de 2002, del Comité PIDESC, sobre el derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), es posible de inmediato determinar su estrecha vinculación con el derecho a la salud y su rol clave en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

Precisamente, en ella el Comité indica que “el agua es un recurso natural limitado y un bien público fundamental para la vida y la salud” y que “el derecho humano al agua es indispensable para vivir dignamente y es condición previa para la realización de otros derechos humanos”. Tan grave es la situación mundial con respecto a este vital elemento que el Comité constata que “más de 1.000 millones de personas carecen de un suministro suficiente de agua y varios miles de millones no tienen acceso a servicios adecuados de saneamiento, lo cual constituye la principal causa de contaminación del agua y de las enfermedades relacionadas con el agua<sup>671</sup>”, y concluye que “la polución incesante, el continuo deterioro de los recursos hídricos y su distribución desigual están agravando la pobreza ya existente”<sup>672</sup>.

**5.1.1.1.1. Indisolublemente asociado a derecho al más alto nivel posible de salud.** Es fundamental el acceso al agua potable para evitar enfermedades infecciosas y por ello constituye un determinante subyacente de la salud de carácter fundamental. No en vano, el Comité PIDESC indica que “el derecho al agua también está indisolublemente asociado al derecho al más alto nivel posible de salud”<sup>673</sup> en directa referencia al artículo 12 párrafo 1 del PIDESC y luego la incluye como prioridad en la materia de análisis de nuestra tesis al señalar que “debe concederse prioridad al derecho de utilizarla para fines personales y domésticos” y que “también debería darse prioridad a los recursos hídricos necesarios para evitar el hambre y las enfermedades, así como para

---

<sup>671</sup> Se reproduce la nota al pie de página número 1 contenida en párrafo 1 de la O.G. N°15, de 2002, del Comité PIDESC: “En 2000, la Organización Mundial de la Salud calculó que 1.100 millones de personas (el 80% de ellas residentes en zonas rurales) carecían de un abastecimiento de agua capaz de suministrar por lo menos 20 litros diarios de agua potable por persona; se estimó que 2.400 millones no tenían acceso a servicios de saneamiento. (Véase OMS, *La evaluación mundial del abastecimiento de agua y el saneamiento en 2000*, Ginebra, 2000, pág. 1). Además, todos los años 2.300 millones de personas padecen enfermedades relacionadas con el agua. Véase Naciones Unidas, Comisión sobre el Desarrollo Sostenible, *Evaluación general sobre los recursos de agua dulce del mundo*, Nueva York, 1997, pág. 39”.

<sup>672</sup> O.G. N°15, de 2002, del Comité PIDESC, párrafo 1.

<sup>673</sup> O.G. N°15, de 2002, del Comité PIDESC, párrafo 3.

cumplir las obligaciones fundamentales que entraña cada uno de los derechos del Pacto”<sup>674</sup>.

Ya han existido casos de jurisprudencia de nivel nacional, que han hecho exigible el acceso a agua potable de una población indígena especialmente vulnerable, fundado en el derecho a la salud y a la protección del medio ambiente.

Tal ha sido el caso en la Defensoría de Menores N°3 c/Poder Ejecutivo Municipal s/acción de amparo, Expte. 46–99, en la República de Argentina<sup>675</sup>. Al comentar este caso Abramovich y Courtis indican que en dicha sentencia “se ordenó al Poder Ejecutivo Provincial de Neuquén proporcionar a los menores y sus familias que habitan en el área de Colonia Valentina Norte Rural, la cantidad de 100 litros de agua potable por persona en excelentes condiciones de salubridad y de los medios para que las familias de bajos recursos puedan almacenarlos en las mismas condiciones en que se entreguen”, agregando que en dicho pronunciamiento “se dispuso que la medida debía cumplirse en el plazo de 48 horas de notificada la sentencia con la aclaración de que se trataba de una medida de emergencia, hasta tanto se diera solución definitiva a la cuestión denunciada en autos”<sup>676</sup>.

**5.1.1.1.2. Obligaciones básicas en lucha contra enfermedades infecciosas.** El Comité PIDESC indica la necesidad que los Estados Partes tienen de “garantizar que los recursos hídricos naturales estén al abrigo de la contaminación por sustancias nocivas y microbios patógenos”, al tiempo que demanda que los Estados Partes “deben supervisar y combatir las situaciones en que los ecosistemas acuáticos sirvan de hábitat para los vectores de enfermedades que puedan plantear un riesgo para el hábitat humano<sup>677,678</sup> y, en cuanto a su calidad, “el agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser

---

<sup>674</sup> O.G. N°15, de 2002, del Comité PIDESC, párrafo 6.

<sup>675</sup> Sentencia comentada en el ya citado libro de Víctor Abramovich y Cristián Courtis, “*Los derechos sociales como derechos exigibles*”, p. 139, nota al pie de página número 29.

<sup>676</sup> Ibidem.

<sup>677</sup> Según la definición de la OMS, las enfermedades contagiadas por vectores comprenden las enfermedades transmitidas por insectos (paludismo, filariasis, dengue, encefalitis japonesa y fiebre amarilla), las enfermedades en las que los caracoles acuáticos sirven de huéspedes intermedios (esquistosomiasis) y las zoonosis en las que los vertebrados sirven de reservorio.

<sup>678</sup> O.G. N°15, de 2002, del Comité PIDESC, párrafo 8.



salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos”<sup>679</sup>, que originan enfermedades infecciosas.

Especial atención deben prestar los Estados Partes a la población más vulnerable, a las “personas y grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, en particular las mujeres, los niños, los grupos minoritarios, los pueblos indígenas, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los trabajadores migrantes, los presos y los detenidos”<sup>680</sup>.

El Comité PIDESC, en la Observación General N°15, indica obligaciones básicas de carácter inmediato que debe adoptar todo Estado Parte, entre las cuales citaremos a continuación las siguientes de especial significancia para la tesis<sup>681</sup>:

- “a) Garantizar el acceso a la cantidad esencial mínima de agua, que sea suficiente y apta para el uso personal y doméstico y prevenir las enfermedades;
- b) Asegurar el derecho de acceso al agua y las instalaciones y servicios de agua sobre una base no discriminatoria, en especial en lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;
- c) Garantizar el acceso físico a las instalaciones o servicios de agua que proporcionen un suministro suficiente y regular de agua salubre; que tengan un número suficiente de salidas de agua para evitar unos tiempos de espera prohibitivos; y que se encuentren a una distancia razonable del hogar;
- (...)
- e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones y servicios de agua disponibles;
- (...)
- h) Adoptar programas de agua orientados a fines concretos y de relativo bajo costo para proteger a los grupos vulnerables y marginados;
- i) Adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar las enfermedades asociadas al agua, en particular velando por el acceso a unos servicios de saneamiento adecuados”.

---

<sup>679</sup> O.G. N°15, de 2002, del Comité PIDESC, párrafo 12 letra b.

<sup>680</sup> O.G. N°15, de 2002, del Comité PIDESC, párrafo 12 letra b.

<sup>681</sup> O.G. N°15, de 2002, del Comité PIDESC, párrafo 37.

En otro caso ventilado exitosamente en los tribunales de justicia de Argentina, en el cual el colectivo afectado o grupo vulnerable son los niños o jóvenes de una comunidad aborigen, la Comunidad indígena mapuche Paynemil<sup>682</sup>, en su oportunidad, la Defensora Oficial de Menores de Neuquén, de la provincia de la Patagonia argentina, interpuso una acción de amparo a fin de garantizar la salud de los niños y jóvenes de la comunidad indígena mapuche Paynemil contaminados por el consumo de agua que contenía plomo y mercurio, solicitando que se obligue al Estado a proveer agua potable en cantidad necesaria para la supervivencia de la población afectada, a realizar el diagnóstico y tratamiento de los menores afectados, y adoptar las medidas pertinentes para impedir en lo sucesivo la contaminación del suelo y agua.

Según comentan en su ya citado libro Abramovich y Courtis, el fallo de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén confirma la sentencia de primera instancia, y en definitiva “hace lugar a la acción y condena al Poder Ejecutivo Provincial a que adopte las siguientes medidas: i) proveer por el término de dos días de 250 litros de agua potable diarios por habitante; ii) asegurar en el plazo de 45 días la provisión de agua potable a los afectados por cualquier medio conducente a tal fin; iii) poner en funcionamiento en el plazo de siete días las acciones tendientes a determinar si existen daños por contaminación de metales pesados en los habitantes y, en caso afirmativo, la realización de los tratamientos necesarios para su curación, y iv) tomar las previsiones necesarias para asegurar la preservación del medio ambiente de la contaminación”.

En este caso, además, los autores Abramovich y Courtis destacan que el Tribunal establece que se ha producido una omisión arbitraria del Estado provincial, al estar en conocimiento de la contaminación del agua utilizada por la comunidad para su consumo, produciendo con ello, “la omisión de actuar con la debida diligencia para la protección del derecho a la salud y al medio ambiente sano de la comunidad y, en particular, de los niños que la integran”.

---

<sup>682</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén, Sala II, caso Menores Comunidad Paynemil s/ acción de amparo, Expte. N°311-CA-1997, 19 de mayo de 1997. Véase sentencia comentada en: ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, Op. Cit., pp. 138-139.

#### **5.1.1.2. El acceso a una vivienda digna.**

Cabe indicar que respecto del derecho a la vivienda, ya han sido dictadas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del PIDESC dos observaciones generales diferentes, la primera en 1991 y la segunda en 1997.

El Comité PIDESC en su Observación General N°4, de 1991, aborda el derecho a una adecuada vivienda (artículo 11 (1) PIDESC<sup>683</sup>). De acuerdo con el párrafo 1° de esta Observación General el derecho humano a una adecuada vivienda, que se deriva del derecho a un estándar de vida adecuado, es de importancia central para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales.

**5.1.1.2.1. Vivienda debe contener instalaciones esenciales.** Al tratar la disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha señalado que una vivienda adecuada debe contener ciertas instalaciones esenciales para la salud, la seguridad, el confort y la nutrición. Indica al respecto que todos los beneficiarios del derecho a una adecuada vivienda deben tener un acceso sostenido a recursos naturales y comunes, agua potable segura, energía para cocinar, calentar y alumbrar, instalaciones sanitarias y de lavado, espacios para almacenar comida, triturador de basura, sitio de desagüe y servicios de emergencia<sup>684</sup>.

En dicha oportunidad el Comité al referirse a la accesibilidad<sup>685</sup>, señala que la vivienda adecuada debe de ser accesible a aquellos con derecho a ella. Al respecto, los grupos vulnerables deben tener conferido un completo y sostenido acceso a recursos de vivienda adecuados. Así, grupos vulnerables tales como los ancianos, los niños, los físicamente discapacitados, los enfermos terminales, los individuos VIH positivos, personas con problemas médicos crónicos, los enfermos mentales, las víctimas de

---

<sup>683</sup> Artículo 11 PIDESC: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.”.

<sup>684</sup> O.G. N°4, de 1991, del Comité PIDESC, sobre el derecho a una vivienda adecuada (Art.11 (1)), párrafo 8 letra b.

<sup>685</sup> O.G. N°4, de 1991, del Comité PIDESC, párrafo 8 letra e.

desastres naturales, las personas que viven en áreas propensas a desastres y otros grupos deben estar asegurados algún grado de prioridad en la esfera de la vivienda. Tanto las leyes aplicables a la vivienda como las políticas públicas que corresponde diseñar, deben tomar en consideración las necesidades especiales de vivienda de estos grupos.

Por tanto, ello da cuenta una vez más de la estrecha relación e interdependencia que existen entre los diversos derechos humanos, y en especial en caso de los derechos de carácter social.

Esta estrecha interdependencia y imbricación entre diferentes derechos sobre esta materia queda de manifiesto en una sentencia judicial dictada en primera instancia en Sudáfrica a principios del año 2000, por el tribunal superior del Cabo de Buena Esperanza caratulada *Grootboom v Oostenberg Municipality and Others*<sup>686</sup>, juicio iniciado el 31 de mayo de 1999.

Esta sentencia del tribunal local se dicta a instancias de 900 personas que vivían en viviendas informales y que habían sido desalojados, y que por tanto solicitaban un refugio en condiciones adecuadas o provisorio hasta que obtuvieran una vivienda permanente, invocando en primer término la aplicación del artículo 26 de la Constitución Sudafricana de 1996 –que establece el derecho de toda persona a acceder a una vivienda adecuada e impone al Estado, entre otras obligaciones, la de adoptar medidas razonables para asegurar la realización progresiva del derecho dentro de los recursos disponibles– y en segundo término la aplicación del artículo 28 (1)(c) que establece el derecho de los niños a un refugio básico.

Por tanto, el tribunal del Cabo de Buena Esperanza aceptó la petición y ordenó al gobierno proveer refugio a las familias con niños, fijando además ciertas condiciones mínimas como letrinas y suministro regular de agua, que dan cuenta de la complementariedad de estas instalaciones necesarias y la vivienda, fundamentales en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

---

<sup>686</sup> *Grootboom v Oostenberg Municipality and Others* 2000 (3) BCLR 277 (C).

El tribunal fundó su decisión en el artículo 28 (1) (c) de la Constitución sudafricana de 1996 y trató de definir cuáles eran los elementos básicos que debía reunir ese refugio, considerando sin embargo esta protección como rudimentaria en relación con la provisión de una casa o una vivienda adecuada, en el esquema de obligaciones de la Constitución<sup>687</sup>.

Luego, esta sentencia fue apelada por el gobierno de Sudáfrica y el de la Provincia del Cabo Occidental ante la Corte Constitucional de Sudáfrica, cuyas principales conclusiones serán incorporadas a continuación y otras en el 5.1.1.2.2 “Obligaciones del Estado en relación con el desalojo forzado”.

Por su parte, en la apelación caratulada “The Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom, Irene and others”<sup>688</sup>, la Corte Constitucional de Sudáfrica analizó una apelación interpuesta por el gobierno sudafricano contra la orden de proveer refugio a 390 personas mayores de edad y 510 niños que habían sido desalojados de un terreno privado en la Provincia del Cabo Occidental y la Corte decidió analizar el caso no bajo el precepto sobre derecho de los niños a un refugio, sino sobre la base del más complejo artículo 26, que regula el derecho de acceso a una vivienda adecuada.

En directa relación con el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales suscrito y vigente para Sudáfrica y en consonancia con la exigibilidad de los derechos sociales por vía judicial, la Corte Constitucional de Sudáfrica establece en este fallo importantes definiciones al respecto: “Los derechos económicos y sociales están expresamente reconocidos en la declaración de derechos de la Constitución y no puede decirse de ellos que existen sólo en el papel. La sección 7 (2) de la Constitución requiere al Estado respetar, proteger, promover y garantizar los derechos constitucionales y los tribunales están obligados constitucionalmente a asegurar que esos derechos sean protegidos y garantizados. La cuestión entonces no es si los derechos

---

<sup>687</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, Op. Cit., pp.160-161.

<sup>688</sup> Corte Constitucional de Sudáfrica, CCT 11/00. Texto completo de esta sentencia se encuentra disponible en sitio electrónico <http://www.saflii.org/za/cases/ZACC/2000/19.html> (visitado el 29 de agosto de 2011).

económicos y sociales son justiciables en la Constitución sino cómo los hacemos efectivos en un caso determinado”.

Según constatan Abramovich y Courtis<sup>689</sup>, a fin de analizar el alcance de la obligación del Estado en este ámbito, para la Corte Constitucional en este caso la cuestión real, en términos de la Constitución, es determinar si las medidas adoptadas por el Estado en sus distintas jurisdicciones para realizar el derecho a la vivienda han sido razonables. Resulta importante destacar este criterio de la razonabilidad que emana del texto de la Constitución de Sudáfrica y que aplica la Corte Constitucional, más amplio que el término “apropiado” utilizado por el PIDESC en su artículo 11 y que la Corte fundamenta de la siguiente manera: “Cuando la Corte en un caso considera la razonabilidad de una medida, no deberá preguntarse si hubieran podido adoptarse otras medidas más deseables o favorables, o si el dinero público hubiera podido utilizarse mejor. La cuestión será si la medida es razonable. Es necesario reconocer que el Estado cuenta con un amplio espectro de posibles medidas que podría adoptar para cumplir su obligación. Muchas de esas medidas podrían satisfacer el estándar de razonabilidad. Una vez que se demuestra que la medida adoptada satisface el estándar, la obligación del Estado se tiene por cumplida”.

Asimismo, en este importante fallo de exigibilidad de un derecho social, la Corte al analizar la razonabilidad de la medida aplicada por parte del Estado, señala que: “Cada jurisdicción debe aceptar su responsabilidad en la ejecución de una parte de los programas de vivienda, pero el gobierno nacional debe asumir la responsabilidad de garantizar que sus leyes, políticas, programas y estrategias sean adecuadas para satisfacer la obligación impuesta por el artículo 26”.

Y que la medida sea razonable está en directa vinculación con la satisfacción de las necesidades de las poblaciones vulnerables, aquellas en mayor riesgo, de gran importancia para nuestra tesis: “Las medidas estadísticamente exitosas pero que no respondan a las necesidades de aquellos que resultan más vulnerables, no podrán pasar el examen”.

---

<sup>689</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, Op. Cit., pp. 160-168.

La Corte luego de estudiarlo en detalle concluye que en los programas de desarrollo habitacional del Estado de Sudáfrica no existe ninguna previsión presupuestaria destinada a facilitar el acceso a una solución habitacional temporaria para aquellas personas que no tienen acceso a la tierra, que carecen de refugio o que sobreviven en condiciones intolerables o cuyas viviendas están bajo riesgo de demolición y por tanto concluye que: “...el Estado no está cumpliendo con la obligación impuesta por el artículo 26 (2) de la Constitución en el área metropolitana del Cabo. En particular, los programas adoptados por el Estado no alcanzan a cumplir las condiciones del artículo 26 (2) desde que no prevén ninguna solución para la categoría de personas bajo necesidades imperiosas que fueron antes identificadas”.

Por último, en esta sentencia la Corte Constitucional “requiere al Estado actuar para cumplir la obligación impuesta por el artículo 26 (2) de la Constitución. Ésta incluye la obligación de diseñar, solventar, implementar y evaluar medidas para proveer solución a aquellas personas con necesidades de vivienda imperiosas”.

**5.1.1.2.2. Obligaciones del Estado en relación con el desalojo forzado.** Por otra parte, también fue dictado por el mismo Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales la Observación General N° 7, de 1997, sobre el derecho a una adecuada vivienda: el desalojo forzado.

De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aún cuando la práctica del desalojo forzado puede ocurrir primordialmente en áreas urbanas densamente pobladas, también tiene lugar en conexión con el desplazamiento forzado de poblaciones, el desplazamiento interno, las relocalizaciones forzadas en el contexto del conflicto armado, éxodos masivos y movimientos de refugiados. En todos estos contextos, el derecho a una adecuada vivienda y el no estar sujeto a un desalojo forzado puede ser violado a través de un amplio rango de actos u omisiones atribuibles a los Estados Parte del PIDESC<sup>690</sup>.

---

<sup>690</sup> O.G. N°7, de 1997, del Comité PIDESC, sobre el derecho a una vivienda adecuada: el desalojo forzado (Art.11 (1)), párrafo 5.

La misma sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica “The Government of the Republic of South Africa and others v. Grootboom, Irene and others” mencionada previamente es relevante en este ámbito, al señalar que en Sudáfrica la obligación impuesta en el artículo 26 (2) de la Constitución exige prever soluciones para las personas más vulnerables, entre las cuales se incluyen por cierto aquellas que se encuentran sujeto a un desalojo forzado y que pueden quedar sin techo o refugio, especialmente propensos a las enfermedades infecciosas. Así, de acuerdo con la sentencia citada, de mucho interés para la exigibilidad de los derechos sociales, el Estado de Sudáfrica debe, en aplicación de sus disposiciones constitucionales, diseñar, solventar, implementar y evaluar medidas para proveer solución a aquellas personas que pueden encontrarse en un momento dado sujeto a un desalojo forzado y sin ningún otra parte donde refugiarse, y cuyas necesidades de vivienda son imperiosas.

Por su parte el Tribunal Constitucional de España, ha generado una importante jurisprudencia en el ámbito de la función social de la propiedad, estableciendo limitaciones que también pueden ser aplicadas para evitar desalojos forzados, atendida la vulnerabilidad que ello puede provocar<sup>691</sup>.

En un caso que involucra el derecho a la vivienda, de 1994, referido a la continuidad forzosa del arrendamiento de un inmueble urbano, se sostuvo que tal limitación no puede estimarse una supresión del derecho, sino una afectación de su contenido, que no lo hace irreconocible ni desaparecer. En este caso, el Tribunal sostiene que la limitación del derecho de propiedad está justificada por la protección del art. 47 CE (derecho a disfrutar de una vivienda digna) que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones necesarias para ello, de manera que aquellas limitaciones que puede establecer el legislador al derecho de propiedad, por vía de la función social de este derecho, no significa conculcación (vaciamiento o desfiguración) del derecho propietario, en razón de que dicha restricción tiene como sostén un derecho constitucionalmente consagrado<sup>692</sup>.

---

<sup>691</sup> El artículo que incluye estas sentencias del Tribunal Constitucional Español relativas a la función social de la propiedad citadas en este acápite, corresponde a: JORDAN Díaz, Tomás, “La Tutela Indirecta de los Derechos Sociales en la Jurisprudencia Constitucional Española”, *Revista de Derecho Nomos*, Universidad de Viña del Mar, vol. n°1, pp. 121-154, primer semestre 2008.

<sup>692</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de España, STC 89/1994, f.j. 5°.



La misma sentencia en definitiva limita el derecho de propiedad del arrendador a favor del arrendatario, reconociendo el estado de necesidad en el cual se sitúa el arrendatario derivado de la escasez de la vivienda y el derecho de este a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), permitiendo la continuación del contrato de arriendo del arrendatario de manera provisional (mientras duren las circunstancias que originaron la diferencia), limitando, en consecuencia, el derecho de propiedad del arrendador. En esta sentencia del Tribunal Constitucional se reconoce la facultad del legislador de regular la desigualdad “a la luz de los intereses y bienes que el legislador estime conveniente proteger o preservar”, procurando “satisfacer una necesidad acuciante (la de aumentar la oferta de alquileres) adoptando unas medidas de carácter urgente y provisional”<sup>693</sup>.

Asimismo, y más recientemente en España, el 30 de septiembre de 2010, el juzgado de primera instancia num. 2, de Sabadell<sup>694</sup>, planteó como cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional la posible inconstitucionalidad de los artículos 695, 698 y 579 de la LECiv/2000, en relación con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del ejecutado hipotecario, el derecho a la vivienda digna y adecuada y el principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos, por entender que ciertos preceptos de la ley de enjuiciamiento civil, de 7 de enero de 2000, son contrarios a la Constitución española de 1978.

Los hechos de la causa se refieren a una señora mayor, con escasos recursos económicos, que instigada por una inmobiliaria accede a endeudarse para comprar vivienda nueva. Para hacer efectivo este importe, la agencia inmobiliaria se compromete a vender la vivienda donde reside la demandada, lo que en definitiva no tiene lugar a causa de la crisis económica. Luego, asesorada por la inmobiliaria, la señora contrató con IBERCAJA una hipoteca y dos préstamos, todos ellos garantizados con los dos inmuebles.

---

<sup>693</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional de España, STC 89/1994, f.j. 8º y 10º.

<sup>694</sup> Procedimiento núm. 59/2009. Sentencia disponible en sitio electrónico [http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/la\\_cuestion\\_de\\_inconstitucionalidad.pdf](http://www.observatoridesc.org/sites/default/files/la_cuestion_de_inconstitucionalidad.pdf) (visitado el 29 de agosto de 2011).

En definitiva, el Tribunal presenta la cuestión de inconstitucionalidad y pide al constitucional que se pronuncie al respecto, toda vez que ante la demanda de la entidad bancaria de ejecutar la vivienda de la señora para hacer efectivo el crédito, en concepto del Tribunal, en conformidad con la actual legislación precitada, se ve obligado a proceder de forma automática, sin valorar las condiciones en que se firmó el contrato ni la posible existencia de cláusulas abusivas, así como se le niega al ejecutado hipotecario cualquier facultad de alegación sobre las circunstancias del impago, los posibles vicios del consentimiento en el momento de la contratación o la nulidad de alguna de las cláusulas.

**5.1.1.2.3. La Decisión 155/96, de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>695</sup>. Violación –entre otros derechos– del derecho a la vivienda por parte del Gobierno de Nigeria.** En el ámbito regional africano, la Conferencia de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana aprobó en Nairobi el 27 de junio de 1981 la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. En ella se establece un mecanismo de protección de los derechos humanos a nivel regional africano que gira en torno a la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Entre sus competencias destaca la que se refiere a quejas individuales en contra de un Estado Parte, en las que de acuerdo con el artículo 55 de la Carta, corresponde a la Comisión decidir por mayoría simple si las considera<sup>696</sup>.

Este importante caso en el ámbito de la protección y exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales es promovido por dos ONG's –“The Social and Economic Rights Action Center” y el “Center for Economic and Social Rights”– en contra de Nigeria, ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

---

<sup>695</sup> Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Decisión 155/96, caratulada “*SERAC y CESR v/s Nigeria*” (“The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights / Nigeria”).

<sup>696</sup> De acuerdo con Villán Durán, para ello la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos “estudiará si la queja reúne los requisitos de admisibilidad que establece el artículo 56 de la Carta ADHP, tales como la correcta identificación del autor de la queja (que puede ser la víctima o cualquier otra persona u ONG); la compatibilidad de la misma con la carta de la OUA y con la Carta ADHP; que el lenguaje utilizado no sea despectivo o insultante; que la queja no esté fundada exclusivamente en noticias difundidas a través de los medios de comunicación; que se hayan agotado previamente los recursos internos, salvo que sea obvio que se hayan prolongado excesivamente; que la queja sea sometida a la Com.ADHP “en un plazo razonable” a partir del momento del agotamiento de los recursos internos; y que la queja no se refiera a casos que ya hayan sido resueltos por los Estados interesados” (VILLAN DURAN, Carlos, Op. Cit., p. 547).

A continuación transcribimos –mediante una traducción libre del texto de la sentencia disponible en inglés– los principales párrafos de la Decisión de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de especial interés en relación con el derecho a la vivienda:

**Párrafo 60.** “Aunque el derecho a la vivienda o albergue no se estipula explícitamente en la Carta Africana, el corolario de la combinación de disposiciones que protegen el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental citado bajo el artículo 16, el derecho a la propiedad, y la protección otorgada a la familia prohíben la destrucción violenta del albergue, por cuanto cuando la vivienda es destruida, propiedad, salud y vida familiar se afectan adversamente. Así es dable anotar que el efecto combinado de los artículos 14, 16 y 18 (1) introduce en la Carta el derecho a albergue o vivienda que el Gobierno Nigeriano aparentemente ha violado”.

**Párrafo 61.** “Como mínimo, el derecho a albergue obliga al gobierno Nigeriano a no destruir la vivienda de sus ciudadanos y a no obstruir los esfuerzos de individuos o comunidades de reconstruir las casas perdidas. La obligación del Estado de respetar los derechos de vivienda lo exigen, y por tanto de todos sus órganos y agentes, a abstenerse de llevar adelante, auspiciar o tolerar cualquier práctica, política o medida legal que viole la integridad del individuo o infrinja su libertad de usar esos materiales u otros recursos a su disposición de la manera que determinen más apropiada para satisfacer la necesidad individual y familiar de casa o las necesidades comunitarias de vivienda.<sup>697</sup> Sus obligaciones de proteger lo obligan a prevenir la violación del derecho a vivienda de cualquier individuo por parte de cualquier otro individuo o actor no estatal, como dueños, promotores inmobiliarios o terratenientes, y donde aquellas infracciones ocurren, debe actuar para excluir más privaciones y garantizando el acceso a remedios legales.<sup>698</sup> El derecho a albergue incluso va más allá que un techo sobre la cabeza y se extiende para abarcar el derecho del individuo a ser dejado en libertad y vivir en paz”.

---

<sup>697</sup> LECKIE, S., “The Right to Housing”. En: EIDE, A., KRAUSE, C., ROSAS, A. (Eds.), *Economic, social and cultural rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 107-123, p. 113.

<sup>698</sup> LECKIE, S., Op. Cit., pp. 113-114.

**Párrafo 62.** “La protección de los derechos garantizados en Artículos 14, 16 y 18(1) conducen a la misma conclusion. En lo que se refiere al derecho anterior, y en el caso del Pueblo Ogoni, el Gobierno de Nigeria a fallado a dar cumplimiento a estas dos obligaciones mínimas. El gobierno ha destruido casas y villas Ogoni y luego, a través de sus fuerzas de seguridad, ha obstruido, acosado, golpeado y, en algunos casos, disparado y asesinado a ciudadanos inocentes que intentaron retornar a reconstruir sus casas arruinadas. Estas acciones constituyen violaciones masivas del derecho a albergue, en violación de Artículos 14, 16 y 18(1) de la Carta Africana”.

**Párrafo 63.** “La violación particular del Gobierno Nigeriano del derecho a una adecuada vivienda protegido implícitamente en la Carta también engloba el derecho a la protección contra el desalojo forzado. La Comisión Africana se inspira en la definición del término “desalojo forzado” del Comité de Derecho Económicos, Sociales y Culturales que define este término como “el traslado permanente, en contra de su voluntad, de individuos, familias y/o comunidades desde sus casas y/o que ellos ocupan, sin la provisión de, y acceso a, formas apropiadas de protección, legal u otra”<sup>699</sup>. Donde sea y cuando sea que ello ocurra, el desalojo forzado es extremadamente traumático. Provoca sufrimiento físico, psicológico y emocional, e implica la pérdida de medios de sustento económico, incrementando el empobrecimiento. Asimismo, pueden causar lesiones físicas y en algunos casos muertes esporádicas... Desalojos separan familias y aumentan los niveles existentes de falta de vivienda.<sup>700</sup>. A este respecto, la Observación General N°4 (1991) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, sobre el derecho a una adecuada vivienda, establece que “toda persona debe poseer un grado de seguridad de tenencia que garantice protección legal contra el desalojo forzado, acoso y otras amenazas” (E/1992/23, anexo III, párrafo 8(a)). La conducta del gobierno Nigeriano demuestra claramente una violación de este derecho disfrutado por los Ogonis como un derecho colectivo”.

**Párrafo 68.** “La singularidad de la situación Africana y las cualidades especiales de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos imponen a la Comisión Africana una importante tarea. El derecho internacional y los derechos humanos debe ser sensible

---

<sup>699</sup> Véase O.G. N°7, de 1997, del Comité PIDESC.

<sup>700</sup> LECKIE, S., Op. Cit., p. 113.

a las circunstancias Africanas. Claramente, derechos colectivos, derechos medioambientales y derechos económicos y sociales son elementos esenciales de los derechos humanos en África. La Comisión Africana aplicará cualquiera de los diversos derechos contenidos en la Carta Africana y aprovecha esta oportunidad para aclarar que no hay derecho alguno en la Carta Africana que no pueda hacerse efectivo. Como se indicara en los párrafos precedentes, sin embargo, el Gobierno Nigeriano no cumplió las expectativas mínimas de la Carta Africana”.

En definitiva, en la parte resolutive de la Decisión, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos “**Declara** a la República Federal de Nigeria en violación de los Artículos 2, 4, 14, 16, 18(1), 21 y 24 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos”, siendo los artículos 14, 16 (relativo al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental) y 18(1) los destacados por la propia Comisión por su especial relevancia en relación con el derecho a la vivienda;

#### **5.1.1.3. Suministro suficiente de alimentos sanos y nutrición adecuada.**

El Comité PIDESC en su Observación General N°12, de 1999, sobre el derecho a una alimentación adecuada (art. 11<sup>701</sup>), afirma que el derecho a una alimentación adecuada está inseparablemente vinculado a la dignidad inherente de la persona humana y es indispensable para el disfrute de otros derechos humanos consagrados en la Carta Internacional de Derechos Humanos, lo que plenamente válido también para el disfrute del derecho a la salud. Asimismo, indican que es también inseparable de la justicia social, pues requiere la adopción de políticas económicas, ambientales y sociales adecuadas, en el plano nacional e internacional, orientadas a la erradicación de la

---

<sup>701</sup> Art. 11 PIDESC: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto, reconociendo el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre, adoptarán individualmente y mediante la cooperación internacional, las medidas, incluidos programas concretos, que se necesitan para: a) Mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos mediante la plena utilización de los conocimientos técnicos y científicos, la divulgación de principios sobre nutrición y el perfeccionamiento o la reforma de los regímenes agrarios de modo que se logren la explotación y la utilización más eficaces de las riquezas naturales; b) Asegurar una distribución equitativa de los alimentos mundiales en relación con las necesidades, teniendo en cuenta los problemas que se plantean tanto a los países que importan productos alimenticios como a los que los exportan.”.

pobreza y al disfrute de todos los derechos humanos por todos<sup>702</sup>, crucial en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

En esta misma materia, el Comité observa que si bien los problemas del hambre y la malnutrición suelen ser especialmente agudos en los países en desarrollo, la malnutrición, la subnutrición y otros problemas relacionados con el derecho a una alimentación adecuada y el derecho a estar protegido contra el hambre existen también en algunos de los países económicamente más desarrollados. Básicamente, las raíces del problema del hambre y la malnutrición no están en la falta de alimento sino en la falta de acceso a los alimentos disponibles, por parte de grandes segmentos de la población del mundo entre otras razones, a causa de la pobreza<sup>703</sup>.

En lo que respecta a los niveles mínimos esenciales de este derecho, para el Comité el PIDESC se viola cuando un Estado no garantiza la satisfacción de, al menos, el nivel mínimo esencial necesario para estar protegido contra el hambre. Al determinar qué medidas u omisiones constituyen una violación del derecho a la alimentación, indica el Comité que es importante distinguir entre la falta de capacidad y la falta de voluntad de un Estado para cumplir sus obligaciones. En el caso de que un Estado Parte aduzca que la limitación de sus recursos le impiden facilitar el acceso a la alimentación a aquellas personas que no son capaces de obtenerla por sí mismas, el Estado ha de demostrar que ha hecho todos los esfuerzos posibles por utilizar todos los recursos de que dispone con el fin de cumplir, con carácter prioritario, esas obligaciones mínimas. Esta obligación dimana del párrafo 1 del artículo 2 del Pacto en el que se obliga a cada Estado Parte a tomar las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que disponga, tal como se señaló anteriormente el Comité en el párrafo 10 de su Observación general 3. El Estado que aduzca que es incapaz de cumplir esta obligación por razones que están fuera de su control, tiene, por tanto, la obligación de probar que ello es cierto y que no ha logrado recabar apoyo internacional para garantizar la disponibilidad y accesibilidad de los alimentos necesarios<sup>704</sup>.

---

<sup>702</sup> O.G. N°12, de 1999, del Comité PIDESC, párrafo 4.

<sup>703</sup> O.G. N°12, de 1999, del Comité PIDESC, párrafo 5.

<sup>704</sup> O.G. N°12, de 1999, del Comité PIDESC, párrafo 17.

Por último, respecto de los planes y estrategias nacionales en este ámbito, el Comité indica que la estrategia se ocupará de todas las cuestiones y medidas críticas relativas a todos los aspectos del sistema alimentario, en particular la producción, elaboración, distribución, comercialización y consumo de alimentos sanos, así como las medidas paralelas en materia de salud, educación, empleo y seguridad social. Hay que procurar gestionar y utilizar de modo más sostenible los recursos alimentarios naturales y de otro tipo en los niveles nacional, regional, local y doméstico<sup>705</sup>.

**5.1.1.3.1. La Decisión 155/96, de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos<sup>706</sup>. Violación –entre otros derechos– del derecho a la alimentación por parte del Gobierno de Nigeria.**

A continuación transcribimos –mediante una traducción libre del texto de la sentencia disponible en inglés– los principales párrafos de la Decisión de la Comisión Africana de Derecho Humanos y de los Pueblos, de especial interés en relación con el derecho a la alimentación:

**Párrafo 64.** “La Presentación sostiene que el derecho a la alimentación está implícito en la Carta Africana, en disposiciones tales como el derecho a la vida (Art. 4), el derecho a la salud (Art. 16) y el derecho al desarrollo económico, social y cultural (Art. 22). Al transgredir estos derechos, el Gobierno Nigeriano no sólo ha vulnerado los derechos explícitamente protegidos, sino que también el derecho a la alimentación implícitamente garantizado”.

**Párrafo 65.** “El derecho a la alimentación se vincula estrechamente con la dignidad del ser humano y, por lo tanto, resulta esencial para el disfrute y satisfacción de otros derechos como la salud, educación, trabajo y participación política. La Carta Africana y el derecho internacional obligan a Nigeria a proteger y mejorar las fuentes de alimentación existentes y asegurar el acceso a una adecuada alimentación a todos los ciudadanos. Sin abordar el deber de aumentar la producción alimentaria y garantizar el

---

<sup>705</sup> O.G. N°12, de 1999, del Comité PIDESC, párrafo 25.

<sup>706</sup> Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Decisión 155/96, caratulada “*SERAC y CESR v/s Nigeria*”.

acceso, las obligaciones esenciales que emanan del derecho a la alimentación exigen al Gobierno Nigeriano no destruir o contaminar fuentes de alimentación. No debe permitir que actores privados destruyan o contaminen las fuentes de alimentación ni impedir los esfuerzos de las personas para proveerse de alimentación”.

**Párrafo 66.** “El trato del Gobierno a los Ogonis ha violado las tres obligaciones mínimas del derecho a la alimentación. El gobierno ha destruido fuentes de alimentación a través de sus fuerzas de seguridad y la Compañía Estatal de Petróleo; ha permitido que compañías privadas de petróleo destruyan fuentes de alimentación; y, a través del terror, ha creado significativos obstáculos a las comunidades Ogonis que intentan proveerse de alimentación. El gobierno Nigeriano nuevamente ha quedado al debe de lo que se espera de él según las disposiciones de la Carta Africana y los estándares internacionales de derechos humanos, y or ende, está en violación del derecho a la alimentación de los Ogonis”.

En definitiva, en la parte resolutive del fallo, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos “**Declara** a la República Federal de Nigeria en violación de los Artículos 2, 4, 14, 16, 18(1), 21 and 24 of the African Charter on Human and Peoples' Rights”, siendo los artículos 4 y 16 los destacados por la propia Comisión por su relevancia en relación con el derecho a la alimentación. Cabe destacar que éste último, el artículo 16 consagra el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

#### **5.1.1.4. Condiciones sanas en el entorno ambiental.**

La disposición en el PIDESC aplicable al medio ambiente se encuentra en el propio artículo 12 numeral 2 letra b<sup>707</sup>. No hay una disposición específica referida al medio ambiente y su protección en el PIDESC, sino que se encuentra dispuesta en el artículo 12, lo que da cuenta de su estrecha vinculación con el derecho a la salud.

**O.G. N°14, Párrafo 15.** "El mejoramiento de todos los aspectos de la higiene ambiental e industrial" (apartado b) del párrafo 2 del artículo 12) entraña, en particular, la

---

<sup>707</sup> Art. 12 numeral 2 letra b: “Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: (...) b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente”.



adopción de medidas preventivas en lo que respecta a los accidentes laborales y enfermedades profesionales; la necesidad de velar por el suministro adecuado de agua limpia potable y la creación de condiciones sanitarias básicas; la prevención y reducción de la exposición de la población a sustancias nocivas tales como radiaciones y sustancias químicas nocivas u otros factores ambientales perjudiciales que afectan directa o indirectamente a la salud de los seres humanos<sup>708</sup>. Además, la higiene industrial aspira a reducir al mínimo, en la medida en que ello sea razonablemente viable, las causas de los peligros para la salud resultantes del medio ambiente laboral<sup>709</sup>. Además, el apartado b) del párrafo 2 del artículo 12 abarca la cuestión relativa a la vivienda adecuada y las condiciones de trabajo higiénicas y seguras, el suministro adecuado de alimentos y una nutrición apropiada, y disuade el uso indebido de alcohol y tabaco y el consumo de estupefacientes y otras sustancias nocivas”.

A continuación se citarán importantes sentencias dictadas en materia ambiental, tanto de nivel nacional como internacional, ordenadas cronológicamente de menos recientes a más recientes.

**5.1.1.4.1. Sentencia del Tribunal Constitucional Español STC 170/1989.** En un caso de protección del medio ambiente (STC 170/1989)<sup>710</sup>, el Tribunal Constitucional Español indicó que la protección del medio ambiente forma parte de la significación de función social de la propiedad, siendo procedente las limitaciones a la propiedad fundada en la tutela de este derecho fundamental social<sup>711</sup>.

A mayor abundamiento, en aquella sentencia se indica que las limitaciones establecidas al derecho de propiedad amparándose en la función social representan un problema

---

<sup>708</sup> A este respecto, el Comité toma nota del principio 1 de la Declaración de Estocolmo de 1972, en el que se afirma que "el hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar", así como de la evolución reciente del derecho internacional, en particular la resolución 45/94 de la Asamblea General sobre la necesidad de asegurar un medio ambiente sano para el bienestar de las personas; del principio 1 de la Declaración de Río de Janeiro; de los instrumentos regionales de derechos humanos y del artículo 10 del Protocolo de San Salvador a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>709</sup> Párrafo 2 del artículo 4 del Convenio N° 155, de la Organización Internacional del Trabajo.

<sup>710</sup> La incorporación de esta sentencia se basa en análisis expuesto en: JORDAN Díaz, Tomás, "La Tutela Indirecta de los Derechos Sociales en la Jurisprudencia Constitucional Española", *Revista de Derecho Nomos*, Universidad de Viña del Mar, vol. n.º1, pp. 121-154, primer semestre 2008, pp. 151-153.

<sup>711</sup> STC 170/1989, f.j. 8º.

jurídico dificultoso, produciendo problemas concretos en torno a si tal limitación excede o no el contenido constitucional de la propiedad. Las autoridades competentes deben valorar en cada caso si se ha producido vulneración a dicho límite, sin perjuicio de la facultad de revisión de los órganos judiciales<sup>712</sup>.

Por último, el Tribunal Constitucional Español ha establecido que los poderes públicos pueden limitar el derecho de propiedad en razón de su función social, pero tal restricción no debe menoscabar el contenido esencial del derecho, es decir, no puede “sobrepasar las barreras más allá de las cuales el derecho dominical y las facultades de disponibilidad que supone resulte reconocible en cada momento histórico y en la posibilidad efectiva de realizar el derecho”<sup>713</sup>.

**5.1.1.4.2. Caso “López Ostra contra España” en Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).** Este es un caso muy importante y demuestra la exigibilidad de un derecho social a través de un mecanismo jurídico de protección de un derecho civil y político. En efecto en dicho caso se ventila un caso de resguardo del derecho al medio ambiente y/o del derecho a la salud a través del derecho a la intimidad.

**Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos:** “Artículo 8 Derecho al respeto a la vida privada y familiar. 1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2 No podrá haber ingerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho salvo cuando esta ingerencia constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud, de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de terceros.”.

**Fundamentos de derecho de demanda**<sup>714</sup>. Vulneración del Art. 3 y del artículo 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En la demanda se alega que:

- “Ser condenado a vivir al lado de una cloaca infectante, como viene a ser la depuradora de residuos industriales instalada junto al domicilio de mi

---

<sup>712</sup> STC 170/1989, f.j. 8º.

<sup>713</sup> STC 170/1989, f.j. 8º; STC 89/1994, f.j. 3º.

<sup>714</sup> Demanda presentada ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, con fecha 15 de junio de 1990.

representada, que produce olores pestilentes muy desagradables, ruidos, vibraciones, humos y emanaciones gaseosas, debilita hasta hacerlo impracticable el normal disfrute de la intimidad del domicilio propio, de la vida familiar.”.

- “Tiene que vivir la demandante sin poder abrir las ventanas para ventilar su domicilio, soportando ruidos muy molestos, lo cual es una evidente coacción a su intimidad familiar.”.

**Sentencia de fecha 9 de diciembre de 1994.** Pronunciada por una Sala<sup>715</sup> del Tribunal de Estrasburgo. En lo que refiere en la violación alegada del artículo 8 del Convenio:

- Es evidente que atentados graves contra el medio ambiente pueden afectar al bienestar de una persona y privarla del disfrute de su domicilio, atentado contra su vida privada y familiar, sin que por ello se ponga en grave peligro la salud de la interesada<sup>716</sup>.
- El Tribunal estima que el Estado demandado no ha sabido establecer un justo equilibrio entre el interés del bienestar económico de la villa de Lorca – disponer de una depuradora–, y el disfrute efectivo de la demandante del derecho al respeto de su domicilio y de su vida privada y familiar<sup>717</sup>.

El Tribunal por Unanimidad:

1. Desestima las excepciones Preliminares del Gobierno.
2. Dice que hubo violación del artículo 8 del Convenio.
3. Dice que no hubo violación del artículo 3 del Convenio.
4. Dice que Estado demandado debe pagar a la demandante....
5. Desestima la demanda de satisfacción equitativa por el resto.

**5.1.1.4.3. La Decisión 155/96, de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Violación –entre otros derechos– del derecho a un medio ambiente saludable por parte del Gobierno de Nigeria.** Los denunciante –según consta en el acápite II “Violación del Derecho a la Salud y al Derecho a un Medio Ambiente

---

<sup>715</sup> Sala compuesta por Sres.: Rusdall (Pdte.), Vilhjalmsón, Macdonald, Russo, Spielmann, Palm, Liozou, Freeland, Lopes, Mifsud Bonnici, Makarczyk, Repik, Jambrek, Kuris, Levits, Casadevall, van Dijk, Petzold, (secretario del Tribunal), y Mahoney (secretario adjunto del Tribunal).

<sup>716</sup> Sentencia de 9 de diciembre de 1994, del TEDH, párrafo 51.

<sup>717</sup> Sentencia de 9 de diciembre de 1994, del TEDH, párrafo 58.

saludable”– alegando la infracción del artículo 16 –relativo al derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental– y artículo 24 –relativo a un medio ambiente favorable para su desarrollo– de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos. Ello da cuenta de la particularmente estrecha relación que se da entre ambos derechos.

A continuación transcribimos –mediante una traducción libre del texto de la sentencia disponible en inglés– los principales párrafos de la Decisión de la Comisión Africana de Derecho Humanos y de los Pueblos, de especial interés en relación con el derecho a un medio ambiente saludable:

**Párrafo 50.** “Los denunciantes invocan la violación por parte del gobierno Nigeriano del derecho a la salud y del derecho a un medio ambiente limpio reconocido por los Artículos 16 y 24 de la Carta Africana, al no dar cumplimiento a las obligaciones mínimas exigidas por estos derechos. El incumplimiento del gobierno, reclaman los demandantes, ha tenido lugar al:

- Participar directamente en la contaminación de aire, agua y tierra, y por ende, dañando la salud de la población Ogoni,
- Fracasas en proteger a la población Ogoni del daño causado por NNPC Shell Consortium, y en lugar de ello, utilizar sus fuerzas de seguridad para facilitar el daño,
- Fracasas en proveer o permitir estudios sobre riesgos medioambientales y de salud, potenciales o actuales, causados por las operaciones de petróleo”.

**Párrafo 51.** “Estos derechos reconocen la importancia de un medio ambiente limpio y seguro que se encuentra estrechamente vinculado a los derechos económicos y sociales, en tanto el medio ambiente afecta la calidad de vida y la seguridad del individuo<sup>718</sup>. Como bien observa Alexander Kiss, “un medio ambiente degradado por la contaminación y desfigurado por la destrucción de toda belleza y variedad, es tan contrario al desarrollo y a condiciones de vida satisfactorias como el colapso del equilibrio ecológico fundamental es dañino a la salud física y moral.”<sup>719</sup>

---

<sup>718</sup> Véase también la O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC.

<sup>719</sup> KISS, A., “Concept and Possible Implications of the Right to Environment”. En: MAHONEY, K. y MAHONEY, P. (Eds.), *Human Rights in the Twenty first Century: A Global Challenge*, Dordrecht, Martinus-Nijhoff Publishers, 1993, pp. 551-560, p. 553.

**Párrafo 52.** “El derecho a un medio ambiente general satisfactorio, como se garantiza bajo el Artículo 24 de la Carta Africana o el derecho a un medio ambiente saludable, como es conocido ampliamente, impone claras obligaciones a un gobierno. Ello exige al Estado la adopción de medidas razonables y otras para prevenir la contaminación y degradación ecológica, promover la conservación, y asegurar un desarrollo ecológico sustentable y uso de recursos naturales. El Artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), del cual Nigeria es parte, exige a los gobiernos la adopción de las medidas necesarias para el mejoramiento de todos los aspectos de la higiene medioambiental e industrial. El derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental enunciado en el artículo 16(1) de la Carta Africana y el derecho a un medio ambiente general satisfactorio favorable al desarrollo (Artículo 16(3)) ya citado obliga a los gobiernos a desistirse de amenazar directamente la salud y el medio ambiente de sus ciudadanos. El Estado tiene la obligación de respetar los derechos recién citados y esto supone en gran parte conductas no intervencionistas de parte del Estado, por ejemplo, de no llevar adelante, auspiciar o tolerar cualquier práctica, política o medida legal en violación de la integridad del individuo<sup>720</sup>”.

**Párrafo 53.** “La conformidad del Gobierno con el espíritu de los Artículos 16 y 24 de la Carta Africana debe también incluir el ordenar o al menos permitir el monitoreo científico independiente de medioambientes amenazados, exigiendo y publicitando estudios de impacto medioambiental y social previo a cualquier desarrollo industrial mayor, garantizando un monitoreo apropiado y proveyendo información a aquellas comunidades expuestas a materiales y actividades peligrosas y proveyendo oportunidades significativas para que los individuos sean escuchados y participen en las decisiones de desarrollo que afectan sus comunidades”.

**Párrafo 54.** “Ahora examinamos la conducta del gobierno de Nigeria en relación a los Artículos 16 y 24 de la Carta Africana. Indudable y reconocidamente, el gobierno de Nigeria, a través de NNPC tiene el derecho a producir petróleo, cuyos ingresos serán utilizados para satisfacer los derechos económicos y sociales de los Nigerianos. Pero el cuidado que debió ser empleado en los términos explicados en el párrafo precedente y

---

<sup>720</sup> Véase LECKIE, S., Op. Cit.

que habrían protegido los derechos de las víctimas de las violaciones alegadas, no fueron adoptadas. Para exacerbar la situación, las fuerzas de seguridad gubernamentales se comprometieron en conductas en violación de los derechos de los Ogonis al atacar, quemar y destruir varias aldeas y casas Ogoni”.

Así, habiendo repasado las principales fundamentaciones de la sentencia referente al derecho a un medio ambiente saludable, en definitiva, en la parte resolutive del fallo, la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos “**Declara** a la República Federal de Nigeria en violación de los Artículos 2, 4, 14, 16, 18(1), 21 and 24 of the African Charter on Human and Peoples' Rights”, siendo los artículos 16 y 24 los destacados por la propia Comisión por su relevancia en relación con el derecho a un medio ambiente saludable.

Por último, esta Decisión revisada, también contiene en su parte resolutive otras determinaciones especialmente relevantes para el derecho a un medio ambiente saludable –sin perjuicio que también son de interés para otros derechos sociales tratados en esta Decisión y repasados previamente (derecho a la vivienda y derecho a la alimentación)– en cuanto: “**Pide** al gobierno de la República Federal de Nigeria asegurar la protección del medioambiente, salud y medios de vida del pueblo Ogoni”, mediante la aplicación de una serie de medidas ahí indicadas; y “**Urge** al gobierno de la República Federal de Nigeria mantener informada a la Comisión Africana del balance de los trabajos de:

- El Ministerio Federal de Medio Ambiente creado para hacerse cargo de materias medioambientales y asuntos relacionados con materias medioambientales prevalentes en Nigeria, y con especial prioridad, en el área del Delta del Níger, incluyendo tierra Ogoni;
- La Comisión de Desarrollo del Delta del Níger (NDDC) que promulga la ley que trata los problemas medioambientales y sociales del área del Delta del Níger y de otras áreas de Nigeria que producen petróleo; y
- La Comisión Judicial de Información inaugurada para investigar las cuestiones sobre violaciones de derechos humanos”.

**5.1.1.5. Acceso a la educación e información sobre las cuestiones relacionadas con la salud.** El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General N°13, sobre el derecho a la educación (artículo 13<sup>721</sup> del Pacto), de 1999, advierte que la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos<sup>722</sup>.

Asimismo, el Comité toma nota de que, desde que la Asamblea General aprobó el Pacto en 1966, otros instrumentos internacionales han seguido desarrollando los objetivos a los que debe dirigirse la educación y, por consiguiente, considera que los Estados Partes tienen la obligación de velar por que la educación se adecue a los propósitos y objetivos expuestos en el párrafo 1 del artículo 13, interpretados a la luz de la Declaración Mundial sobre Educación para Todos (Jomtien, Tailandia, 1990) (art. 1), la Convención sobre los Derechos del Niño (párrafo 1 del artículo 29), la Declaración y Plan de Acción de Viena (parte I, párr. 33, y parte II, párr. 80), y el Plan de Acción para el Decenio de las Naciones Unidas para la educación en la esfera de los derechos humanos (párr. 2). Todos estos textos tienen grandes coincidencias con el párrafo 1 del artículo 13 del Pacto, *pero también incluyen elementos que no están contemplados expresamente en él, por ejemplo, referencias concretas a la igualdad entre los sexos y el respeto del medio*

---

<sup>721</sup> Artículo 13: “1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz. 2. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, con objeto de lograr el pleno ejercicio de este derecho: a) La enseñanza primaria debe ser obligatoria y asequible a todos gratuitamente; b) La enseñanza secundaria, en sus diferentes formas, incluso la enseñanza secundaria técnica y profesional, debe ser generalizada y hacerse accesible a todos, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; c) La enseñanza superior debe hacerse igualmente accesible a todos, sobre la base de la capacidad de cada uno, por cuantos medios sean apropiados, y en particular por la implantación progresiva de la enseñanza gratuita; d) Debe fomentarse o intensificarse, en la medida de lo posible, la educación fundamental para aquellas personas que no hayan recibido o terminado el ciclo completo de instrucción primaria; e) Se debe proseguir activamente el desarrollo del sistema escolar en todos los ciclos de la enseñanza, implantar un sistema adecuado de becas, y mejorar continuamente las condiciones materiales del cuerpo docente. 3. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas, siempre que aquéllas satisfagan las normas mínimas que el Estado prescriba o apruebe en materia de enseñanza, y de hacer que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa o moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones. 4. Nada de lo dispuesto en este artículo se interpretará como una restricción de la libertad de los particulares y entidades para establecer y dirigir instituciones de enseñanza, a condición de que se respeten los principios enunciados en el párrafo 1 y de que la educación dada en esas instituciones se ajuste a las normas mínimas que prescriba el Estado.”

<sup>722</sup> O.G. N°13, de 1999, del Comité PIDESC, párrafo 1.

*ambiente*. Estos nuevos elementos están implícitos y reflejan una interpretación contemporánea del párrafo 1 del artículo 13. La opinión del Comité se sustenta en el amplio apoyo que los textos que se acaba de mencionar han recibido en todas las regiones del mundo<sup>723</sup>.

Para la interpretación correcta de "enseñanza primaria", el Comité se guía por la Declaración Mundial sobre Educación para Todos, donde se afirma: "El principal sistema para impartir la educación básica fuera de la familia es la escuela primaria. La educación primaria debe ser universal, garantizar la satisfacción de las necesidades básicas de aprendizaje de todos los niños y tener en cuenta la cultura, las necesidades y las posibilidades de la comunidad" (art. 5). La Declaración define "las necesidades básicas de aprendizaje" en su artículo 1. Si bien enseñanza primaria no es sinónimo de educación básica, hay una estrecha correlación entre ambas. A este respecto, el Comité suscribe la posición del UNICEF: "la enseñanza primaria es el componente más importante de la educación básica"<sup>724</sup>

En lo que respecta a las disposiciones del Pacto relativas a la no discriminación y la igualdad, el Comité PIDESC indica que ello consiste en programas encaminados a promover la enseñanza destinada a las mujeres, las niñas, los jóvenes no escolarizados, los jóvenes sin empleo, los hijos de trabajadores migrantes, los refugiados, las personas con discapacidad y otros grupos desfavorecidos<sup>725</sup>.

**5.1.1.5.1. Caso ventilado ante el Comité sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.** En efecto, como se pudo observar en el párrafo 4.3.2 de nuestra tesis —el caso Sra. A. S. v/s Hungría de una mujer romaní en Hungría ventilado ante el Comité previsto en la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer— relativo a la falta de información proporcionada por el facultativo médico al someterla a una esterilización forzada, que dio lugar a la Opinión en Comunicación N°4/2004<sup>726</sup>.

---

<sup>723</sup> O.G. N°13, de 1999, del Comité PIDESC, párrafo 5.

<sup>724</sup> O.G. N°13, de 1999, del Comité PIDESC, párrafo 9.

<sup>725</sup> O.G. N°13, de 1999, del Comité PIDESC, párrafo 16 letra e.

<sup>726</sup> Véase el documento de las Naciones Unidas CEDAW/C/36/D/4/2004, de 29 de agosto de 2006, del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer.



En definitiva la autora alega que Hungría ha violado el apartado h) del artículo 10, el artículo 12 y el apartado e) del párrafo 1 del artículo 16 de la Convención.

Al examinar el fondo del asunto, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer considera que los hechos que le han sido expuestos constituyen una infracción del apartado h) del artículo 10, del artículo 12 y del apartado e) del párrafo 1 del artículo 16 de la Convención y formula al Estado Parte las recomendaciones siguientes<sup>727</sup>:

- I. En lo que respecta a la autora de la comunicación: pagar a la Sra. A. S. una indemnización apropiada, proporcional a la gravedad de las violaciones de sus derechos.
- II. En términos generales: tomar nuevas medidas para asegurarse de que todo el personal competente de los centros sanitarios públicos y privados, incluidos los hospitales y las clínicas, conozca y aplique las disposiciones oportunas de la Convención; revisar la legislación nacional relativa al principio del consentimiento con conocimiento de causa en los casos de esterilización y asegurarse de su conformidad con los derechos humanos y normas médicas internacionales; hacer un seguimiento de los centros sanitarios públicos y privados, incluidos los hospitales y las clínicas, en que se practiquen esterilizaciones, para asegurarse de que los pacientes dan su consentimiento con pleno conocimiento de causa antes de que se lleve a cabo la intervención de esterilización, e imponer las debidas sanciones en caso de que no sea así.

Por último, dictamina que “de conformidad con el párrafo 4 del artículo 7, el Estado Parte dará la debida consideración a las opiniones del Comité, así como a sus recomendaciones, y presentará al Comité, en un plazo de seis meses, una respuesta por escrito, en que se incluya información sobre toda medida que se haya adoptado en función de las opiniones y recomendaciones del Comité”, al tiempo que “se solicita también al Estado Parte que publique las opiniones y recomendaciones del Comité y

---

<sup>727</sup> Comunicación N°4/2004, dictamen de 14 de agosto de 2006, párrafo 11.5.

que las traduzca al idioma húngaro y les dé amplia difusión para que lleguen a todos los sectores pertinentes de la sociedad”<sup>728</sup>.

### **5.1.2. Factores sociales determinantes de la salud.**

Los factores sociales determinantes de la salud como el género, la pobreza y la exclusión social, son importantes preocupaciones inherentes al derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud. En su labor, por ejemplo, el Relator Especial se ha referido invariablemente a la atención médica y a los factores determinantes de la salud, incluido los efectos de la pobreza y la discriminación en la salud. En resumen, el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud comprende las esferas tradicionales tanto de la atención médica como de la salud pública. Esta es la perspectiva que aporta al fortalecimiento de los sistemas de salud el derecho a disfrutar del más alto nivel posible de salud<sup>729</sup>. Ello también se encuentra recogido en la Observación General N°14 del Comité PIDESC, principiando por sus párrafos 5, 10 y 12.

#### **5.1.2.1. Los principios de la no discriminación y la igualdad.**

La no discriminación y la igualdad son principios rectores fundamentales para el adecuado ejercicio de los derechos sociales. Y, en especial del derecho a la salud y, por lo tanto, constituye parte esencial de los factores determinantes de la salud para el ejercicio del derecho humano a la atención primaria de la salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas, que se propone en esta tesis doctoral.

Tanta importancia tiene la no discriminación y la igualdad para el disfrute de los derechos sociales, que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales previsto en el PIDESC, el año 2009, dictó la Observación General N°20, sobre la no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales, contemplado en el artículo 2, párrafo 2 del PIDESC.

---

<sup>728</sup> Comunicación N°4/2004, dictamen de 14 de agosto de 2006, párrafo 11.6.

<sup>729</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/7/11, de 2008, párrafo 45.

En efecto, la no discriminación y la igualdad son componentes fundamentales de las normas internacionales de derechos humanos y son esenciales a los efectos del goce y el ejercicio de los derechos económicos, sociales y culturales. Según el artículo 2.2 del PIDESC, los Estados partes deben "garantizar el ejercicio de los derechos [que en él se enuncian] sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"<sup>730</sup>.

Asimismo y como recuerda el propio Comité<sup>731</sup>, en anteriores observaciones generales éste ha examinado la aplicación del principio de la no discriminación a los derechos concretos reconocidos en el Pacto en relación con la vivienda, la alimentación, la educación, la salud, el agua, los derechos de autor, el trabajo y la seguridad social<sup>732</sup>.

Por su parte, referido a la situación económica y social, el Comité ha señalado que las personas o grupos no deben ser objeto de un trato arbitrario por el simple hecho de pertenecer a un determinado grupo económico o social o a un determinado estrato de la sociedad. Por ejemplo, pertenecer a un sindicato no debe afectar al empleo de una persona, ni a sus oportunidades de promoción. La situación social de una persona, como el hecho de vivir en la pobreza o de carecer de hogar, puede llevar aparejados discriminación, estigmatización y estereotipos negativos generalizados que con frecuencia hacen que la persona no tenga acceso a educación y atención de salud de la misma calidad que los demás, o a que se le deniegue o limite el acceso a lugares públicos<sup>733</sup>.

---

<sup>730</sup> O.G. N°20, de 2009, del Comité PIDESC, párrafo 2.

<sup>731</sup> O.G. N°20, de 2009, del Comité PIDESC, párrafo 6.

<sup>732</sup> Véanse las Observaciones generales del Comité PIDESC N°s. 4 (1991): El derecho a una vivienda adecuada; 7 (1997): El derecho a una vivienda adecuada (art. 11, párr. 1); 12 (1999): El derecho a una alimentación adecuada; 13 (1999): El derecho a la educación (art. 13); 14 (2000): El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12); 15 (2002): El derecho al agua (arts. 11 y 12); 17 (2005): El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15); 18 (2005): El derecho al trabajo (art. 6), y 19 (2008): El derecho a la seguridad social (art. 9).

<sup>733</sup> O.G. N°20, de 2009, del Comité PIDESC, párrafo 35.

#### **5.1.2.1.1. La no discriminación, la igualdad y el concepto sanitario de la equidad.**

La igualdad y la no discriminación son dos de los elementos más fundamentales de los derechos humanos en el plano internacional, incluido el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. Todo Estado tiene impuesta por ley la obligación de velar por que todos puedan tener acceso al sistema de salud sin discriminación, incluidas las personas que viven en la pobreza, las minorías, los indígenas, las mujeres, los niños, los que viven en barriadas pobres y en zonas rurales, las personas con discapacidad y cualquier otra persona o comunidad desfavorecida. Asimismo, el sistema de salud debe estar atento a las necesidades particulares de salud de las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas de edad, entre otras.

Así, como destaca el Relator Especial sobre el derecho al más alto nivel posible de salud, los principios de derechos humanos que son la igualdad y la no discriminación, que van unidos, significan que se deben implantar programas de proximidad y de otro tipo para asegurar que las personas y comunidades desfavorecidas tengan en la práctica el mismo acceso que otros grupos más favorecidos<sup>734</sup>.

A su vez, ambos principios –la igualdad y la no discriminación–, están íntimamente relacionados con el concepto sanitario decisivo de la equidad. No existe una definición de equidad de aceptación general, pero una definición válida puede ser “la igualdad de acceso a la atención sanitaria de acuerdo con la necesidad”<sup>735</sup>. Estos tres conceptos tienen todos ellos un componente de justicia social. En algunos aspectos, la igualdad y la no discriminación, cuando son reforzados por la ley, tienen más fuerza que la equidad. Por ejemplo, si deja de tomar medidas eficaces para hacer frente a la discriminación racial en el sistema de salud, un Estado podrá ser considerado responsable y se le podrá exigir que haga lo necesario para poner remedio a esa situación. Además, si las personas que viven en la pobreza no tienen acceso al sistema de salud, a diferencia de los ricos, que sí lo tienen, el Estado podrá ser tenido por responsable y se le podrá exigir que ponga remedio a la situación<sup>736</sup>.

---

<sup>734</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/7/11, párrafo 42.

<sup>735</sup> GREEN, Andrew, *An Introduction to Health Planning for Developing Health Systems*, Oxford University Press, 2007, p. 64.

<sup>736</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/7/11, párrafo 43.

**5.1.2.1.2. Jurisprudencia de interés.** A continuación citaremos jurisprudencia, de nivel nacional e internacional, de interés para nuestra tesis en relación específicamente con la no discriminación y la igualdad, relevante en el ámbito sanitario, cuyas sentencias serán ordenadas cronológicamente de menos recientes a más recientes.

**5.1.2.1.2.1. Inembargabilidad patrimonial de derechos sociales.** La sentencia del Tribunal Constitucional Español, STC 58/1993, constituye un ejemplo de justificación de la desigualdad en materia de protección por vía del tratamiento normativo diferenciado<sup>737</sup>. A través de ella, el Tribunal Constitucional Español fijó su doctrina sobre la posibilidad de limitar legislativamente la embargabilidad patrimonial en materia de derechos sociales fundada en la protección de bienes e intereses:

- “3...Este respeto a la dignidad de la persona justifica, así, la creación legislativa de una esfera patrimonial inmune a la acción ejecutiva de los acreedores, límite a la embargabilidad que se fundamenta, también, en lo dispuesto en otros preceptos constitucionales: arts. 39.1 (protección de la familia), 43 (*derecho a la protección de la salud*) y 47 (derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada)...5. Como queda dicho, corresponde a la libre apreciación del legislador la determinación de cuáles hayan de ser los límites a la embargabilidad de pensiones y otras retribuciones, límites que, a partir de unos criterios comunes o generales (arts. 1.449 y 1.541 L.E.C.), pueden modificarse – esto es, elevarse– en atención a singulares situaciones de necesidad que se adviertan en grupos determinados de personas...Es decir, el legislador podría declarar inembargables las pensiones de mutilación si considerase que estas son necesarias para asegurar el mínimo económico vital de los mutilados de guerra, sin embargo, si las calificara como compatibles con otras retribuciones y haberes públicos, debería precisar la cuantía inembargable que asegura ese mínimo vital. A través de estos u otros expedientes, el legislador procuraría alcanzar la concordancia, aquí exigible, entre los imperativos constitucionales, ya citados,

---

<sup>737</sup> JORDAN Díaz, Tomás, Op. Cit., p. 140.

que dan lugar a la inembargabilidad y lo requerido, de otra parte, por el derecho a la tutela judicial efectiva”<sup>738</sup>.

**5.1.2.1.2.2. Caso de la organización árabe Adalah en Israel**<sup>739</sup>. Este caso ventilado en Israel y resuelto por la Corte Suprema de Israel es un caso relevante para nuestra tesis, por las posibilidades que otorga la no discriminación en salud en el ámbito de la exigibilidad judicial. La demanda se funda en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que establece que todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. De tal manera, esta disposición viene a ser el equivalente al artículo 2 párrafo 2 del PIDESC y los autores Abramovich y Courtis citan este caso como un ejemplo de la exigibilidad indirecta de los derechos económicos, sociales y culturales, aprovechando las posibilidades de justiciabilidad y los mecanismos de tutela que brindan otros derechos consagrados en el ámbito civil y político.

**Tema de análisis.** La materia en análisis es el derecho a la salud de un grupo vulnerable en especial: el de las madres y niños que integraban comunidades árabes beduinas que habitaban villas no reconocidas en la zona de Negev. Según los peticionantes, más de cincuenta mil árabes beduinos habitaban esas villas, pese a lo cual el Estado de Israel no había establecido ningún centro de atención médica materno infantil. Por el contrario, en las ciudades vecinas habitadas por residentes judíos existían clínicas de atención materno infantil.

Por tanto, ante dicha situación de hecho, las mujeres y los niños, para recibir atención médica, debían viajar hacia las clínicas más cercanas a sus hogares y, en la mayoría de los casos, debido a la falta de transporte público, resultaban forzados a caminar largas horas en el desierto. El caso fue iniciado por la mencionada organización Adalah y otras dos organizaciones no gubernamentales, en representación de ciento veintiún madres y niños de esas comunidades, contra el Ministerio de Salud del Estado de Israel.

---

<sup>738</sup> Tribunal Constitucional de España, STC N°58/1993, f.j. 3° y 5°.

<sup>739</sup> Caso resuelto favorablemente por la Corte Suprema de Israel en 1998 y analizado en: ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, Op. Cit., pp. 172-173.

En concreto se requiere por los peticionantes el establecimiento de centros de atención materno infantiles para proveer atención médica preventiva en las diez villas más grandes de la comunidad árabe beduina en la región del Negev. Es decir, se reclama por condiciones mínimas de supervivencia de mujeres y niño y el suministro de atención médica preventiva en distancia razonable y transporte adecuado.

**Datos sanitarios aportados por reclamantes para sustentar discriminación.** En este caso se aportan datos estadísticos emanados del propio Ministerio de Salud de Israel, en que se acreditaba que la tasa de mortalidad infantil en las villas árabes del Negev era la más alta de Israel (16%); que la tasa de inmunización en los niños de esta comunidad era la más baja; y en que aproximadamente el 50% de los niños de la comunidad árabe beduina que vivían en esas villas eran hospitalizados en el primer año de vida, sufriendo más del 50% de ellos de anemia y desnutrición.

Como señalan Courtis y Abramovich en su análisis sobre este caso, los peticionantes “...fundaron la acción en la Legislación Nacional sobre Seguro de Salud de 1994, que requiere al Ministerio de Salud el suministro del servicio de salud preventiva dentro de una distancia razonable y un tiempo de transporte adecuado entre los centros de atención y los lugares de residencia”, así como también “...sostuvieron que el Ministerio violaba además la Ley Básica de Protección de la Dignidad y la Libertad de 1992, que protege el derecho a la vida, el cual comprendía a su entender servicios de salud tendientes a garantizar las condiciones mínimas de supervivencia de mujeres y niños”, y referido a la igualdad “...alegaron que estas carencias de servicios públicos de atención médica en zonas cercanas al domicilio, sumados a las tradiciones sociales que impiden a las mujeres abandonar el hogar sin la compañía de un familiar del marido, no hacían más que perpetuar la subordinación y vulnerabilidad de las mujeres que integraban estas comunidades”.

**Sentencia de la Corte Suprema de Israel.** En definitiva, en el mes de octubre de 1998, la Corte Suprema de Israel resuelve favorablemente el reclamo, condenando al Estado a garantizar el servicio de atención médica materno infantil para los habitantes de esa comunidad, en iguales condiciones que a los colonos judíos. Por tanto este caso demostró las enormes posibilidades que los principios de no discriminación y de

igualdad significan, sobre todo con el aporte de información pública que acreditaba aquellas significativas diferencias en el ámbito sanitario.

**5.1.2.1.2.3. Caso ventilado ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.** Relevante también en materia de igualdad y no discriminación respecto de minorías étnicas, lo constituye el caso “Sra. L. R. y otros v/s República Eslovaca”, que ya tuvimos ocasión de mencionar al tratar la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (párrafo 4.3.1).

Este caso que repasamos previamente en la tesis en aplicación del mecanismo de denuncia de particulares (párrafo 4.3.1.2) ante el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, dió origen a la Opinión emanada de dicho Comité en Comunicación N° 31/2003, dictada el 7 de marzo de 2005<sup>740</sup>.

**Tema de análisis.** Como ya se viera en el capítulo cuarto, en este caso se alega la discriminación racial que sufre una comunidad de aproximadamente unos 1.800 romaníes que viven en la ciudad de Dobsiná, en la República Eslovaca. Ello, por cuanto, dicha comunidad que vive en condiciones que se han descrito como "espantosas", en que la mayoría de las viviendas son cabañas de paja o casas de cartón, que no disponen de agua potable, aseos ni sistemas de desagüe o alcantarillado, motiva en definitiva que los concejales del municipio pidieran al alcalde que preparara un proyecto destinado a obtener recursos financieros de un fondo gubernamental creado expresamente para mitigar los problemas de vivienda de los romaníes en el Estado Parte<sup>741</sup>. Por tanto, el 20 de marzo de 2002, los concejales de la municipalidad de Dobsiná aprobaron la resolución N° 251–20/III–2002–MsZ, que propone un plan para construir viviendas de bajo costo para los habitantes romaníes de la ciudad.

Sin embargo, con posterioridad por reclamos interpuestos por unos 2.700 habitantes de Dobsiná en contra de este proyecto para los Romaníes, a través de una petición firmada y entregada al concejo municipal el 30 de julio de 2002, el 5 de agosto de ese año, el concejo estudió la petición y, "tras haber examinado las circunstancias fácticas", votó

---

<sup>740</sup> Documento de las Naciones Unidas CERD/C/66/D/31/2003, de 10 de marzo de 2005, del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.

<sup>741</sup> Comunicación N° 31/2003, dictamen de 7 de marzo de 2005, párrafos 2.1 y 2.2.



unánimemente a favor de la anulación de la resolución anterior mediante una segunda resolución en la que se hacía una referencia explícita a la petición.

Por tanto los peticionantes buscan que el Comité determine que el Estado Parte ha quebrantado su obligación de garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley en el goce del derecho a la vivienda.

**Decisión del Comité.** El Comité, en el párrafo 10.9 de la Comunicación, al proceder al examen de la cuestión en cuanto al fondo, concluye que la República Eslovaca ha violado la obligación que le impone el apartado a) del párrafo 1 del artículo 2 de la Convención de no incurrir en ningún acto o práctica de discriminación racial y velar por que todas las autoridades públicas actúen de conformidad con esta obligación, así como también concluye que el Estado Parte ha quebrantado su obligación de garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley en el goce del derecho a la vivienda, en contravención de lo dispuesto en el apartado iii) del párrafo d) del artículo 5 de la Convención. En definitiva “opina que de los hechos presentados se desprende que ha habido violación del apartado a) del párrafo 1 del artículo 2, del apartado iii) del párrafo d) del artículo 5 y del artículo 6 de la Convención”<sup>742</sup>.

Por tanto el Comité dictamina que de conformidad con el artículo 6 de la Convención el Estado Parte está obligado a brindar a los peticionarios un recurso eficaz, y que “en particular, el Estado Parte deberá adoptar medidas para asegurarse de que la situación de los peticionarios vuelva a ser la misma que tenían antes de que se adoptara la primera resolución del concejo municipal”, así como que el Estado Parte “también está obligado a asegurarse de que en el futuro no se vuelvan a producir violaciones similares”<sup>743</sup>, para concluir que “desea recibir, en un plazo de 90 días, información de la República Eslovaca sobre las medidas adoptadas para dar efecto a la opinión del Comité” y “pide también al Estado Parte que dé amplia difusión a la opinión del Comité”<sup>744</sup>.

**5.1.2.1.2.4. Discriminación de género. Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, de 6 de agosto de 2010.** Esta sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el

---

<sup>742</sup> Comunicación N° 31/2003, dictamen de 7 de marzo de 2005, párrafo 11.

<sup>743</sup> Comunicación N° 31/2003, dictamen de 7 de marzo de 2005, párrafo 12.

<sup>744</sup> Comunicación N° 31/2003, dictamen de 7 de marzo de 2005, párrafo 13.

rol N°1710–10, constituye en Chile un caso emblemático de exigibilidad judicial directa de derechos sociales, que redundó en definitiva en que se declararon inconstitucionales algunas disposiciones del artículo 38 ter de la Ley N°18.933 –conocida como la Ley de ISAPRES–, con lo cual en definitiva se ordenan eliminar del ordenamiento jurídico por afectar el derecho a la salud, el derecho a la seguridad social y el derecho a la igualdad.

Dichas disposiciones fueron previamente declaradas inaplicables en sucesivos juicios de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ventilados por particulares en contra de Instituciones de Salud Previsional (ISAPRES) de carácter privadas, ante el Tribunal Constitucional. En aquellos juicios, con efectos particulares –previos a la sentencia recaída en rol N°1710, de 6 de agosto de 2010, cuya importancia decisiva radica en que produce efectos generales– las afectadas en prácticamente todos los casos correspondían a mujeres respecto de las cuales las Isapres –fundadas en el artículo 38 ter– aplicaban a sus contratos de salud unos tramos que les permitían principalmente por razones de edad, condición de cotizante y sexo, aumentar unilateralmente los planes de salud al pasar de un tramo a otro, ante lo cual las demandantes estiman atentatorios contra los respectivos derechos constitucionales, entre ellos, el derecho a la igualdad, que es el que nos corresponde abordar en este momento.

### **Principales fundamentos de la afectación del derecho a la igualdad ante la ley<sup>745</sup>.**

La importancia de la sentencia constitucional radica en que se apoya sólidamente en la doctrina y jurisprudencia a nivel internacional para fundamentar la exigibilidad de los derechos sociales, y en esta parte de la sentencia constitucional, se fundamenta la afectación del derecho a la igualdad ante la ley por parte del precepto legal bajo examen de inconstitucionalidad.

### **Jurisprudencia y doctrina citada en la sentencia constitucional.**

- “Que la jurisprudencia chilena, tanto ordinaria como constitucional, ha trazado una línea interpretativa uniforme sobre la igualdad, algunas de cuyas expresiones más citadas se encuentran en dos sentencias, dictadas casi simultáneamente por el Tribunal Constitucional y por la Corte Suprema, en abril y julio de 1985, respectivamente, que asumieron la difundida y clásica fórmula

---

<sup>745</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC N°1710-2010, f.j. 96°-109°.

de Aristóteles, expresada en la Política, III 9 (1280<sup>a</sup>): “Por ejemplo, parece que la justicia consiste en igualdad , y así es, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es en efecto, pero no para todos sino para los desiguales” (Tomada de la nota al pie de página 15 del capítulo octavo de la obra de Robert Alexy: Teoría de los Derechos Fundamentales, ob. Cit., p.385)”<sup>746</sup>.

- “Que en el fallo Rol 1273, recaída en causa de inaplicabilidad por inconstitucionalidad que sirve de sustento al procedimiento de autos, esta Magistratura incorporó en su entendimiento sobre la igualdad los criterios jurisprudenciales que en el derecho comparado se han utilizado en la última década para afrontar las crecientes complejidades que presentan los casos sobre tal garantía constitucional, así como los afanes desplegados por la doctrina en la misma dirección. De estos aportes, entre otros descritos en la sentencia citada, destaca el enfoque alemán que distingue conceptualmente entre “igualdades esenciales” y “desigualdades esenciales”, de tal modo que estamos en presencia de una igualdad esencial cuando “personas, grupos de personas o situaciones, sobre la base de un punto de partida (*tertium comparationis*), son comparables”, de lo que, consecuentemente, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha decidido que la Ley Fundamental considera arbitrario y, por ende, inconstitucional, tratar desigualmente a las igualdades esenciales, así como tratar igualmente a las desigualdades esenciales. Además, se agrega la denominada “nueva fórmula”, consistente en considerar lesionada la igualdad ante la ley cuando un grupo de destinatarios de la norma, comparados con otro grupo de destinatarios de la norma, son tratados de manera distinta, a pesar de que entre ambos grupos no media ninguna diferencia de tal entidad o importancia que pudiera justificar un tratamiento desigual. Para poder dimensionar tales situaciones, esta fórmula requiere expresamente una ponderación en el sentido de examen de proporcionalidad, especialmente respecto de una diferencia de trato de gran intensidad, para lo cual se requiere que aquélla persiga un fin

---

<sup>746</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC N°1710-2010, f.j. 98°.

legítimo, que esa búsqueda sea necesaria y que presente una razonable relación con el valor del fin propuesto”<sup>747</sup>;

### **Convenciones y órganos relevantes citados en sentencia constitucional.**

- “Que el artículo 12.1 de la citada Convención<sup>748</sup> señala: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera de la atención médica a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, el acceso a servicios de atención médica, inclusive los que se refieren a la planificación de la familia.” A su vez la Observación General 16, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, aprobada en Ginebra en el 34º período de sesiones del 25 de abril al 13 de mayo de 2005, se refiere a “la igualdad de derechos del hombre y la mujer al disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).”<sup>749</sup>;
- “Que la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha calificado los conceptos de discriminación de derecho o de hecho, así como la discriminación directa o indirecta, como “conceptos clave en relación con la discriminación y la igualdad”, precisando que “la discriminación directa se define como una diferencia de trato que consiste en forma explícita en distinciones basadas en el sexo o en una de las categorías reconocidas de discriminación”. Por su parte, “la discriminación indirecta se produce cuando una ley, una política o un programa que parecen neutros (por ejemplo en lo que atañe a hombres y mujeres) tienen un efecto discriminatorio en el momento de su aplicación. En ese caso, el resultado o efecto final provoca una situación de desventaja de la mujer con respecto al hombre, debido a las desigualdades existentes no tratadas por una medida supuestamente neutra.” (Naciones Unidas, Consejo Económico y Social: Informe de la Alta Comisionada de las Naciones

---

<sup>747</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC N°1710-2010, f.j. 100°.

<sup>748</sup> Hace referencia a la Convención sobre la Eliminación todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de la Organización de las Naciones Unidas.

<sup>749</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC N°1710-2010, f.j. 103°.

Unidas para los Derechos Humanos, Nueva York, 6 de junio de 2008, pp. 10–11).”<sup>750</sup>;

- “Que la igualdad jurídica entre hombres y mujeres tiene expresiones muy concretas en el goce de los derechos sociales, del derecho a la salud y, específicamente en lo relativo a las prestaciones de salud, incluyendo los denominados seguros de salud. En el ámbito comunitario Europeo, el Consejo de la Unión Europea adoptó un acuerdo, en diciembre de 2004, sobre la ampliación de la igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso de bienes y servicios y a su suministro, en el que se lee, en relación a la cuestión de autos: “Su ámbito incluye los seguros y actividades financieras conexas siempre que sean privadas, voluntarias y ajenas a la relación laboral. En este contexto, la igualdad de trato es un principio rector, por lo cual la inclusión del sexo como factor actuarial no debería dar pie a diferencias entre las primas y las prestaciones de los seguros”, agregándose: “En cualquier caso, los costes relacionados con el embarazo y la maternidad no deberán crear diferencias en las primas y prestaciones” (Consejo de la Unión Europea, Comunicado de prensa c/04/350, Bruselas, 13 de diciembre de 2004).”<sup>751</sup>.
- “Que de entre los tres criterios enunciados, debe distinguirse sexo y edad, por una parte, y condición de cotizante o carga, por la otra. Mientras que esta última obedece a una situación en la que cada persona se coloca contractualmente en el marco de la autonomía de la voluntad, el sexo y la edad son factores cuya existencia y evolución transcurren independientemente de la voluntad de las personas. Según el Diccionario de la Lengua Española, sexo significa “condición orgánica que distingue al macho de la hembra en los seres humanos, en los animales y en las plantas”, mientras que edad significa “tiempo que ha vivido una persona o ciertos animales y vegetales”. Ambas expresiones, por lo tanto, denotan estados naturales, inimputables a las personas que los viven, especialmente para ser afectados negativamente por la ley.”<sup>752</sup>.

---

<sup>750</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC N°1710-2010, f.j. 104°.

<sup>751</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC N°1710-2010, f.j. 106°.

<sup>752</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC N°1710-2010, f.j. 109°.

### **5.1.2.2. La lucha contra la pobreza y la exclusión social.**

Para poder disfrutar del derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas, resulta preciso satisfacer la existencia de condiciones básicas o condiciones de existencia dignas para los grupos vulnerables.

Respecto de la satisfacción de intereses que afectan a grupos vulnerables, Abramovich y Courtis indican al respecto que: “Hemos visto que una de las dificultades para la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales reside en que la mayoría de los recursos judiciales han sido históricamente diseñados en función de los derechos civiles y políticos y no contemplan algunos aspectos particulares de aquéllos, como el hecho de que se trata, por lo general, de derechos de incidencia colectiva. Por ejemplo, toda persona o grupo que sea víctima de una violación del derecho a la salud deberá contar con un recurso judicial efectivo u otros recursos apropiados en los planos nacional e internacional (O.G. N°14, punto 59)”<sup>753</sup>.

Asimismo, ambos autores ponen de relieve que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del PIDESC “...destaca que los derechos colectivos revisten una importancia crítica en la esfera de la salud; la política contemporánea de salud pública se basa en gran medida en la prevención y la promoción, enfoques que van esencialmente dirigidos a los grupos (O.G. N°14, punto 59, nota 30)”<sup>754</sup>.

Como población vulnerable a las enfermedades infecciosas incluimos a todas aquellas personas cuyas necesidades son urgentes e imperiosas y cuyas posibilidades de gozar del derecho a la salud se encuentran en mayor riesgo, partiendo por las personas o comunidades desfavorecidas (comunidades desaventajadas, tanto urbanas como rurales, incluyendo a campos de personas internamente desplazadas), y a aquella población que no tiene fácil acceso a servicios de medicina preventiva.

**5.1.2.2.1. Especial vulnerabilidad de pueblos indígenas.** Aquí cabe mencionar la especial vulnerabilidad de los pueblos indígenas cuyo acceso a tierras ancestrales puede verse amenazado.

---

<sup>753</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, Op. Cit., p.87.

<sup>754</sup> ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, Op. Cit., p. 87, nota al pie de página n.º 39.

#### **5.1.2.2.1.1. Casos ventilados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.**

El caso de la comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay fue ventilado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El 17 de junio de 2005, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) pronunció su primera sentencia en relación a una comunidad indígena asentada en el Paraguay, y la tercera en materia de tierras y territorios indígenas y tribales en el hemisferio<sup>755</sup>.

En el caso de los pueblos indígenas las afectaciones especiales del derecho a la salud, e íntimamente vinculadas con él, las del derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos, como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural, los constituyen en poblaciones especialmente vulnerables. En el centro de atención de casos de las comunidades y pueblos indígenas ventilados judicialmente a nivel nacional e internacional, se encuentra el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia. Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado la especial vulnerabilidad de muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado y, por lo tanto, su posibilidad de acceder a medios para obtener alimento y agua limpia.

#### **Sentencia de 17 de junio de 2005 “Comunidad Yakye Axa contra Paraguay”<sup>756</sup>.**

Dicha Sentencia estableció que el Estado de Paraguay violó, en perjuicio de la comunidad, los derechos a las garantías y protección judiciales consagrados en los artículos 8 y 25, respectivamente, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en relación con los artículos 1.1<sup>757</sup> y 2<sup>758</sup> de la misma; el derecho a

---

<sup>755</sup> Los otros 2 casos corresponden a: *Awás Tingni contra Nicaragua* (agosto, 2001) y de *Moiwana contra Suriname* (junio, 2005).

<sup>756</sup> Serie C, Nº 125, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005. Disponible en sitio electrónico [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_125\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf) (visitado el 29 de agosto de 2011).

<sup>757</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”: “Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos. 1. Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”.

la propiedad consagrado en el artículo 21<sup>759</sup> de la CADH en relación también con sus artículos 1.1 y 2; que el Estado asimismo violó el derecho a una vida digna desarrollado jurisprudencialmente a partir del artículo 4.1<sup>760</sup> del tratado, en perjuicio *in genere* de los miembros de la comunidad, pero que sin embargo no se le suministraron al Tribunal elementos probatorios suficientes para demostrar la violación del derecho a la vida *lato sensu*, en perjuicio de 16 miembros fallecidos de la comunidad. Asimismo, la Corte, pese al allanamiento parcial del Estado, no se pronunció sobre la violación al artículo 26<sup>761</sup> de la Convención respecto a la garantía de desarrollo progresivo de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que fuera alegado en su presentación autónoma por los representantes de las víctimas.

A continuación citaremos algunos puntos relevantes de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

- (...) “en el presente caso no se discute la existencia del derecho de los miembros de las comunidades indígenas, específicamente de la Comunidad *Yakye Axa*, a sus territorios, en el entendido de lo que la tierra significa para sus miembros, ni se discute el hecho que la caza, pesca y recolección sea un elemento esencial de su cultura. Hay un consenso entre las partes respecto de la normativa interna que consagra los derechos territoriales de los miembros de las comunidades

---

<sup>758</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”: “Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno. Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”.

<sup>759</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”: “Artículo 21. Derecho a la Propiedad Privada. 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.”.

<sup>760</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”: “Artículo 4. Derecho a la Vida 1. Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente.”.

<sup>761</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”: “Artículo 26. Desarrollo Progresivo. Los Estados partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados.”.



indígenas. Lo que está en discusión es la realización efectiva de estos derechos”<sup>762</sup>.

- (...) “la Corte toma nota que el Estado se allanó parcialmente a la pretensión de los representantes de las víctimas respecto de la garantía de desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales establecida en el artículo 26 de la Convención Americana, pero con la salvedad de que ello se ve sensiblemente afectado por las limitaciones propias del Paraguay en su condición de país de menor desarrollo relativo y por las inequidades del comercio internacional”<sup>763</sup>.
- (...) “a la Corte no le compete determinar cuál es el territorio tradicional de la Comunidad indígena Yakye Axa, pero sí establecer si el Estado ha respetado y garantizado el derecho a la propiedad comunal de sus miembros, como en efecto lo ha hecho en la presente Sentencia (supra párrs. 123 a 156). Por la razón anterior, corresponde al Estado delimitar, demarcar, titular y entregar las tierras, de conformidad con los párrafos 137 a 154 de la presente Sentencia”<sup>764</sup>.
- “Por lo expuesto, el Estado deberá identificar ese territorio tradicional y entregarlo de manera gratuita a la Comunidad Yakye Axa, en un plazo máximo de tres años contados a partir de la notificación de la presente Sentencia. En caso de que el territorio tradicional se encuentre en manos privadas, el Estado deberá valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación o no de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática, conforme a lo expuesto en los párrafos 144 a 154 de esta Sentencia. Para ello, deberá tomar en cuenta las particularidades propias de la Comunidad indígena Yakye Axa, así como sus valores, usos, costumbres y derecho consuetudinario”<sup>765</sup>.

---

<sup>762</sup> Corte IDH, Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia 17 de junio de 2005, párrafo 140.

<sup>763</sup> Corte IDH, Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia 17 de junio de 2005, párrafo 204.

<sup>764</sup> Corte IDH, Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia 17 de junio de 2005, párrafo 215.

<sup>765</sup> Corte IDH, Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia 17 de junio de 2005, párrafo 217.

- (...) “es necesario que el Estado garantice el goce efectivo los derechos reconocidos en su Constitución Política y en su legislación, de conformidad con la Convención Americana. En consecuencia, el Estado, en un plazo razonable, deberá adoptar en su derecho interno, según lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención Americana, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para crear un mecanismo eficaz de reclamación de tierras ancestrales de los pueblos indígenas que haga cierto su derecho de propiedad y que tenga en cuenta su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres”<sup>766</sup>.

**5.1.2.2.1.2. Demanda de Comisión Interamericana de Derechos Humanos, de 3 de julio de 2009.**— Por su parte por comprender información de interés para nuestra tesis, se hará una breve referencia a continuación a la Demanda de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (Comisión IDH) ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado de Paraguay, Caso 12.420 Comunidad Indígena Xakmok Kasek del Pueblo Enxet—Lengua y sus Miembros<sup>767</sup>.

**Fundamentos de Derecho.** Los fundamentos de derecho de la demanda se basan en el Derecho a la propiedad (art. 21 CADH), relacionado con principal medio de subsistencia. El derecho de propiedad incorpora el derecho a los recursos naturales tradicionalmente usados y necesarios para la supervivencia, desarrollo y continuidad de la manera de vivir de comunidades indígenas; el Derecho a la vida (art. 4), en tanto comprende también el derecho a que no se le impida a las personas el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna; los derechos del niño; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; el derecho a las garantías judiciales y protección judicial; y la obligación de respetar los derechos y deber de adoptar disposiciones de derecho interno.

**Fundamentos de Hecho.**— Al tratar la demanda en el acápite “Condiciones de vida de los miembros de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek”, se aborda en su letra b) las

---

<sup>766</sup> Corte IDH, Comunidad Indígena *Yakye Axa vs. Paraguay*, sentencia 17 de junio de 2005, párrafo 225.

<sup>767</sup> [www.cidh.oas.org/demandas/12.420%20Xakmok%20Kasek%20Paraguay%203jul09%20ESP.pdf](http://www.cidh.oas.org/demandas/12.420%20Xakmok%20Kasek%20Paraguay%203jul09%20ESP.pdf) (visitado el 29 de agosto de 2011).

“Condiciones de salud”<sup>768</sup>. Entre los antecedentes aportados –por la demanda de la Comisión Interamericana– importantes para nuestra tesis, cabe destacar:

- “Los niños de la comunidad indígena padecen de desnutrición y sus miembros en general padecen de enfermedades como tuberculosis, diarreas, mal de Chagas y otras epidemias ocasionales que causan estragos entre sus integrantes”<sup>769</sup>.
- “Durante el primer semestre del año 2003, fue elaborado un informe médico– sanitario a los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek, con el objeto de realizar un estudio de prevalencia de parasitosis y anemia, determinar las fuentes de agua, las características de las viviendas, los lugares de excretas y un intento por conocer el tipo de muebles y utensilios domésticos que poseen. Adicionalmente, el informe médico sanitario indica que se realizaron entrevistas los días 27 y 28 de junio de 2003 para tratar de determinar la causa o las causas más probables de muerte. Según este informe, de 28 personas fallecidas en la comunidad de Xákmok Kásek, 23 corresponden a niños y sólo tres de estas personas recibieron atención médica<sup>770,771</sup>.
- “Los indígenas de la comunidad de Xákmok Kásek reciben una mínima asistencia médica, trasladándose hasta un puesto de salud privado atendido por una enfermera de la iglesia Anglicana que dista cinco kilómetros de Xákmok Kásek. Desde hace varios años no se recibe una visita médica y los niños no reciben las vacunas correspondientes<sup>772</sup>. Esta información coincide con el informe elaborado por la Fiscalía en lo Laboral del Primer Turno del Distrito de Pozo Colorado, que al preguntar en una de sus entrevistas por la salud de los miembros de la comunidad constata, que efectivamente en el Distrito de Río Verde a 5 kilómetros, existe un puesto de salud en el que se realizan consultas

---

<sup>768</sup> Véase la demanda de la Comisión IDH ante la Corte IDH contra el Estado de Paraguay, Caso N°12.420, Comunidad Indígena Xakmok Kasek del Pueblo Enxet-Lengua y sus Miembros, pp. 22-28.

<sup>769</sup> Demanda Comisión IDH, Caso N°12.420, párrafo 98.

<sup>770</sup> Informe médico sanitario elaborado por el médico Pablo Balmaceda, Anexo 4.1. Las causas más probables de muerte, según este informe corresponden a deshidratación, hemorragia, sufrimiento fetal, neumonía, tos convulsa, enterocolitis, fiebre diarrea, vómito y anemia.

<sup>771</sup> Demanda Comisión IDH, Caso N°12.420, párrafo 99.

<sup>772</sup> Informe Antropológico, Capítulo IV, Anexo 2.

gratuitas a los empleados de la estancia Salazar, pero que no incluye medicamentos”<sup>773</sup>.

- “De la información con que contaba la CIDH hasta antes de la emisión del Informe de Fondo se desprende que entre 1991<sup>774</sup> y 2007 fallecieron al menos 28 personas, de los cuales al menos 19 eran niños y niñas, siendo la mayoría de las causas de muerte prevenibles con un mínimo de medicina preventiva y de asistencia sanitaria”<sup>775</sup>.

**5.1.2.3. El acceso al goce de prestaciones básicas.** Esta materia fue analizada al abordar la Observación General N°19, de 2008, del Comité de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales del PIDESC, sobre el derecho a la seguridad social (artículo 9 PIDESC). Por tanto se entenderá reproducido en esta parte lo expuesto para el efecto en el capítulo 4 de la tesis, en concreto, en el párrafo 4.1.3.2.5.

A continuación aludiremos a algunas sentencias judiciales de nivel nacional, de interés en la exigibilidad del derecho a la seguridad social, ordenadas cronológicamente de menos recientes a más recientes.

**5.1.2.3.1. Sentencia del Tribunal Constitucional de España, STC 186/2004.** En esta sentencia del Tribunal Constitucional Español el contexto de precariedad socioeconómica se constituye en el juicio de legitimidad como fundamento esencial justificador de las diferencias normativas, en aras precisamente de la igualdad.

Al efecto, esta sentencia “fija los criterios doctrinales factuales que permiten justificar la diferenciación en materia de seguridad social: a) situación de necesidad de los diversos grupos sociales, b) conexión con las circunstancias socioeconómicas, y c) las disponibilidades del momento. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a

---

<sup>773</sup> Demanda Comisión IDH, Caso N°12.420, párrafo 101.

<sup>774</sup> La Comisión IDH incluyó en su Informe de Fondo a las personas fallecidas con posterioridad al 24 de agosto de 1989, fecha de depósito de la Convención Americana de Derechos Humanos por parte de Paraguay. Sin embargo, la Comisión IDH es consciente que la competencia contenciosa de la Corte es a partir del 11 de marzo de 1993.

<sup>775</sup> Demanda Comisión IDH, Caso N°12.420, párrafo 102.

las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento”<sup>776</sup>.

**5.1.2.3.2. Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, STC 977/2008.** En esta sentencia constitucional de enero de 2008, se establece que las deudas de cotizaciones de seguridad social tienen por objeto sostener un sistema que cubre contingencias sociales de los trabajadores, llamada seguridad social. En lo sustantivo formula:

- “Que las deudas de cotizaciones de seguridad social tienen, en relación a las comunes, diferencias que esta Magistratura ha constatado y expuesto en varios fallos. (Así, por ejemplo, en las sentencias de 24 de abril de 2007, Rol N°576 y de 5 de junio de 2007, Rol N°519). Desde luego, la ley entiende que, cumplidas ciertas condiciones, el empleador que no entera las cotizaciones se apropia de dineros ajenos. En segundo lugar, estas deudas, a diferencia de otras, tienen por finalidad sostener un sistema que cubre contingencias sociales de los trabajadores, la llamada seguridad social, que la Carta Fundamental asegura como un derecho constitucional, en el numeral 18° de su artículo 19 y respecto del cual, garantiza que la acción del Estado debe permitir el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas,”<sup>777</sup>.

**5.1.2.3.3. Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile, STC 1710–2010.** En esta sentencia aludida previamente en esta tesis al abordar el derecho a la igualdad ante la ley y la discriminación de género en el párrafo 5.1.2.1.2, se analiza en profundidad el derecho a la seguridad social<sup>778</sup> –que en definitiva condujo a declarar inconstitucional y por ende, a eliminar del ordenamiento jurídico con efectos generales, disposiciones contenidas en el artículo 38 ter de la Ley N°18.933 conocida como “Ley de Isapres”– el cual se declara vulnerado conjuntamente con el derecho a la salud y el derecho a la igualdad. A continuación extractamos algunas de sus principales argumentaciones:

---

<sup>776</sup> Tribunal Constitucional de España, STC N°186/2004, f.j. 3°, analizada en: JORDAN Díaz, Tomás, Op. Cit., p. 142.

<sup>777</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC N°977/2008, f.j. 12°.

<sup>778</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC N°1710/2010, f.j. 124-139.

- “Que en sentencia de inaplicabilidad Rol 1287 esta Magistratura resolvió el asunto sometido a su conocimiento aludiendo como vulnerado al citado derecho consagrado en el número 18° del artículo 19<sup>779</sup> de la Constitución, definiéndolo en su considerando decimoséptimo como un “precepto que obliga al Estado a asegurar el acceso de todos sus habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes y a supervigilar el adecuado ejercicio de ese derecho”, concluyendo en su considerando sexagesimonoveno que el requerimiento de autos es acogido por resultar la aplicación del precepto impugnado “contraria a los derechos asegurados a la requirente en los numerales 9° y 18° de la Carta Fundamental””<sup>780</sup>;

#### **Acerca de su contenido esencial.**

- “Que el contenido esencial de la seguridad social se revela en una interpretación sistemática del texto constitucional en el que se recogieron los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad, sobre todo si se ven conjuntamente el derecho a la salud (artículo 19, N°9) y el derecho a la seguridad social (artículo 19, N°18). Así, en primer lugar, el principio de solidaridad se expresa en el deber que tiene el Estado, es decir, la comunidad políticamente organizada, de garantizar económicamente el goce de estos derechos. Las expresiones de la Constitución son claras en este sentido, toda vez que se obliga al Estado a “garantizar” el goce de los derechos; asimismo, se faculta al legislador para establecer cotizaciones obligatorias (numerales 9° y 18° del artículo 19 de la Constitución);<sup>781</sup>.”
- “Que, por otra parte, la Constitución incorpora el principio de universalidad subjetiva, pues estos derechos se encuentran asegurados a todas las personas, sin distinciones de ninguna especie.(...)”<sup>782</sup>.

---

<sup>779</sup> Constitución Política del Estado de Chile: “Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas: (...) 18. El derecho a la seguridad social. Las leyes que regulen el ejercicio de este derecho serán de quórum calificado. La acción del Estado estará dirigida a garantizar el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes, sea que se otorguen a través de instituciones públicas o privadas. La ley podrá establecer cotizaciones obligatorias. El Estado supervigilará el adecuado ejercicio del derecho a la seguridad social.”.

<sup>780</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC N°1710-2010, f.j. 125°.

<sup>781</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC N°1710-2010, f.j. 131°.

<sup>782</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC N°1710-2010, f.j. 132°.

- “Que también la Constitución acoge el principio de universalidad objetiva, pues asegura estos derechos a las personas frente a un rango amplio de riesgos individuales. En el derecho a la protección de la salud se otorgan “acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y de rehabilitación del individuo” y la “ejecución de las acciones de salud” (artículo 19, N°9). En el derecho a la seguridad social, se asegura “el acceso de todos los habitantes al goce de prestaciones básicas uniformes” (artículo 19, N°18)<sup>783</sup>.”
- “Que, como se señaló por este Tribunal en la sentencia Rol 1287, la definición de la seguridad social ha encontrado sustancioso tratamiento en la doctrina Chilena, la que ha profundizado en el detalle de sus componentes esenciales y en el alcance de los mismos. Así entendida como “el conjunto de principios que reconocen a todo ser humano el derecho a los bienes indispensables para prevenir sus contingencias sociales y cubrir sus efectos y que regulan las instituciones requeridas para ello” (Alfredo Bowen Herrera: Introducción a la Seguridad Social, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1992, p. 97), (...)”<sup>784</sup>.

**Acerca de la vinculación estrecha entre derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social.**

- “Que la vinculación estrecha entre el derecho a la protección de la salud y el derecho a la seguridad social se ve manifestada en los propósitos de los sistemas de seguridad social, que son los de asegurar a sus beneficiarios “condiciones de vida ante la ocurrencia de riesgos como la desocupación, la vejez, la incapacidad, entre otros, que les impiden a quienes los experimentan obtener, mediante el trabajo, los medios indispensables para su subsistencia o la de su grupo familiar.” (Mario Verdugo, Emilio Pfeffer y Humberto Nogueira: Derecho Constitucional, Editorial Jurídica de Chile, 1997, Tomo I, p. 210).

Como se observa, el factor edad es constituyente de ambas garantías, resultando incompatible con sus respectivos propósitos el que la desprotección frente a los

---

<sup>783</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC N°1710-2010, f.j. 133°.

<sup>784</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC N°1710-2010, f.j. 138°.

estados de necesidad aumente en la misma medida en que aumentan los años de vida;”<sup>785</sup>.

- “Que, a mayor abundamiento, la relación entre el derecho a la seguridad social y el derecho a la protección de la salud se ha visto expresada en las consagraciones jurídicas internacionales, como en el Convenio N°102 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que incluye como “riesgos y contingencias sociales en el ámbito de su protección: enfermedad, maternidad, vejez, invalidez, muerte, cesantía o desempleo, cargas familiares y riesgos profesionales” (citado en: Gobierno de Chile, MINSEGPRES: Doctrina Constitucional del Presidente Ricardo Lagos Escobar (2000–2006), LOM, Santiago de Chile, 2010, Tomo I, p. 223);”<sup>786</sup>.

## **5.2. El Acceso a la Atención de Salud.**

El acceso a la atención de salud se encuentra constituido por el acceso a los establecimientos de salud; la prevención; la asistencia; el tratamiento; el apoyo; y el acceso a los medicamentos esenciales.

Estos últimos años, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la OMS y otras muchas entidades han estado trabajando en un marco analítico del derecho a la salud que sea más fácil de entender y aplicar a las leyes, políticas, programas y prácticas relacionadas con la salud<sup>787</sup>. Entre los elementos clave de ese marco analítico figuran las siguientes propuestas:

- a) Que se asegure la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de todos los servicios, productos e instalaciones relacionados con la salud. En lo referente al acceso a los medicamentos, que los Estados garanticen la disponibilidad y accesibilidad de medicamentos culturalmente aceptables y de buena calidad.

---

<sup>785</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC N°1710-2010, f.j. 136°.

<sup>786</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC N°1710-2010, f.j. 137°.

<sup>787</sup> Véase, por ejemplo: OMS, *Derechos Humanos, salud y estrategias de reducción de la pobreza*, Ginebra, OMS, 2008 (Serie de publicaciones sobre salud y derechos humanos, n.º 5); PHYSICIANS FOR HUMAN RIGHTS, *Demoras fatales: mortalidad materna en el Perú*, Boston, 2007.



b) Que los Estados cumplan su deber de respetar, proteger y garantizar la efectividad del derecho a la salud.

Además, la Observación General N°14 (2000) del Comité sobre el derecho al más alto nivel posible de salud confirma ese marco adoptando los elementos clave del derecho a la salud mencionados. A este respecto la atención médica en caso de enfermedad, así como la prevención, el tratamiento y el control de las enfermedades son elementos esenciales del derecho a la salud y dependen del acceso a los medicamentos. Por lo tanto, el acceso a los medicamentos forma parte indispensable del derecho a la salud<sup>788, 789</sup>.

**Situación de salud y acceso a medicamentos<sup>790</sup>.**— Las tendencias en la esfera de la salud indican que pese a los logros alcanzados en los últimos treinta años siguen observándose enormes desigualdades en el acceso a los servicios de salud y los medicamentos en todo el mundo<sup>791</sup>. Las “enfermedades de la pobreza” (como las enfermedades contagiosas, maternas, perinatales y nutricionales) siguen representando el 50% de la carga de morbilidad en los países en desarrollo: diez veces más que en los países desarrollados<sup>792</sup>. Y el 58% de los casos de paludismo se registran entre el 20% más pobre de la población mundial, un porcentaje mayor que el de cualquier otra enfermedad de gran importancia para la salud pública en los países en desarrollo, y entre las poblaciones pobres, los más afectados son, con mucho, los niños enfermos y las mujeres embarazadas<sup>793</sup>.

Hay una correlación importante entre la situación de salud y la pobreza. El gasto público en salud en los países de ingresos tanto altos como bajos beneficia más a los ricos que a los pobres. Las personas de mayores ingresos y con frecuencia con menores necesidades son las que más consumen servicios sanitarios, mientras los que tienen menos medios económicos y mayores necesidades son los que consumen menos

---

<sup>788</sup> Documento de las Naciones Unidas A/61/338, párrafo 40.

<sup>789</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/11/12, de 2009, párrafo 10.

<sup>790</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/11/12, párrafos 12-16.

<sup>791</sup> OMS, La atención primaria de salud Más necesaria que nunca, Op. Cit..

<sup>792</sup> COMISION DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, INNOVACION Y SALUD PUBLICA, Op. Cit., Capítulo 1, p. 14.

<sup>793</sup> MCCARTHY, F. Desmond, WOLF, Holger, WU, Yi, *Malaria and growth*, Washington D.C., World Bank, Policy Research Working Paper 2303, marzo de 2000.

servicios. En los países en desarrollo, los propios pacientes tienen que pagar del 50 al 90% de los medicamentos esenciales<sup>794</sup>. En un informe conjunto de la OMS y de Acción Salud Internacional sobre los resultados de encuestas realizadas en 36 países se indicaba que en el sector público sólo había disponible una tercera parte de los medicamentos esenciales necesarios y que el sector privado sólo disponía de dos tercios de esos medicamentos<sup>795</sup>.

Casi 2.000 millones de personas carecen de acceso a los medicamentos esenciales<sup>796</sup>. Mejorar el acceso a los medicamentos podría salvar 10 millones de vidas cada año, 4 millones en África y en Asia sudoriental<sup>797</sup>. Las dificultades a que se enfrenta la población para acceder a los medicamentos se debe en parte a su elevado precio<sup>798</sup>. Por lo que respecta al VIH, en 2007, sólo el 31% de las personas seropositivas que necesitaban tratamiento lo recibieron<sup>799</sup>. Se estima asimismo que las personas que viven con el VIH desarrollarán resistencias a los regímenes de fármacos de primera línea y necesitarán un tratamiento de segunda línea que actualmente puede costar entre 9 y 19 veces más que los medicamentos de primera línea.

**Foro Social 2008.** Con ocasión del Foro Social 2008, Richard Laing, funcionario médico, de la Organización Mundial de la Salud (OMS), al referirse al derecho a la salud indicó que una forma de medir el ejercicio de este derecho era analizar el acceso a los medicamentos. Señaló que, con el fin de mejorar la disponibilidad y asequibilidad de los medicamentos esenciales, era preciso disponer de datos fidedignos sobre los precios, la disponibilidad y la asequibilidad de los medicamentos, y los componentes de los precios. Se refirió a un instrumento de encuesta creado por la OMS y Acción Salud Internacional que facilitaba la recopilación y el análisis de datos y constituía un método estándar que se había utilizado en más de 50 encuestas en todas las regiones del mundo. Las encuestas habían revelado que en numerosas ocasiones era difícil acceder a los medicamentos, en particular por los precios inasequibles de medicinas necesarias para

---

<sup>794</sup> Documento de las Naciones Unidas A/61/338, párrafo 37.

<sup>795</sup> CAMERON, Alexandra, *et al.*, "Medicine prices, availability, and affordability in 36 developing and middle-income countries: a secondary analysis", *The Lancet*, vol. 373, n.º 9659, pp. 240-249, enero 2009.

<sup>796</sup> OMS, *WHO Medicines Strategy: Countries at the Core, 2004-2007* (WHO/EDM/2004.5), Ginebra, WHO, 2004.

<sup>797</sup> Documento de las Naciones Unidas A/61/338, párrafo 37.

<sup>798</sup> T'HOEN, Ellen, Op. Cit.

<sup>799</sup> OMS, *Hacia el acceso universal: expansión...*, Op. Cit.

enfermedades crónicas, la falta de medicamentos importantes para los pacientes a nivel local, la desidia de los gobiernos que no aprobaban precios módicos de venta al público, el exceso de márgenes comerciales en el sector privado y la aplicación de impuestos y gravámenes a los medicamentos esenciales<sup>800</sup>.

Por su parte, Margaret Ewen, de Acción Salud Internacional, recalcó que las encuestas debían tener un impacto sobre las políticas. Presentó varios ejemplos positivos de cambios de política como resultado de encuestas sobre disponibilidad y precios de medicamentos, tales como una mayor eficacia en la adquisición (adquisición en común, adquisición de productos genéricos), la garantía de una financiación adecuada, equitativa y sostenible (sistemas de seguros médicos que cubrían los medicamentos esenciales) y, en particular, mediante el fomento del uso de medicamentos genéricos. También señaló que en esos momentos lo más difícil era determinar las medidas normativas más eficaces en un contexto diferente que, a su juicio, requería el examen de las experiencias de los países<sup>801</sup>.

En definitiva, en aquel Foro Social 2008, se concluye que el tema del acceso a los medicamentos esenciales y la atención de la salud debía examinarse conjuntamente con cuestiones tales como la necesidad de tecnología asequible, la cooperación internacional y los derechos de propiedad intelectual, en particular.

Al respecto, se indicó que los derechos de propiedad intelectual eran un obstáculo para el acceso a los medicamentos esenciales, especialmente para los países en desarrollo, puesto que la investigación y la producción eran costosas y requerían inversiones cuantiosas. Los derechos de propiedad intelectual encarecían el precio final de los medicamentos, en particular en los países en desarrollo.

En este contexto los oradores<sup>802</sup> manifestaron su apoyo a una mayor difusión de las versiones genéricas de los medicamentos esenciales. Uno de ellos insistió en que era

---

<sup>800</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/10/65, de 16 de enero de 2009, correspondiente al Informe al Consejo de Derechos Humanos del Presidente-Relator del Foro Social de 2008, párrafo 59.

<sup>801</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/10/65, párrafo 60.

<sup>802</sup> El Presidente-Relator invitó a los participantes a intervenir en el diálogo interactivo. Hicieron declaraciones los representantes del Brasil, Chile y Malasia, así como de la Asociación de Ciudadanos del Mundo y el Movimiento para la Salud de los Pueblos.

urgente no limitarse al tratamiento de los síntomas y abordar los factores estructurales determinantes básicos de la salud, como por ejemplo, el acceso al agua libre de impurezas. Los oradores recordaron la importancia de la Declaración de Alma-Ata, de 1978, en relación con la atención primaria de la salud, cuyos objetivos estaban todavía muy lejos de verse materializados.

### **5.2.1. Acceso a los establecimientos de salud y la atención médica.**

Fundamental en la lucha contra las enfermedades infecciosas lo constituye un sistema de salud adecuado que permita a las personas acceso a la prevención; la asistencia; el tratamiento; y el apoyo en su relación con el acceso a los establecimientos de salud y la atención médica.

Importante aquí es lo dispuesto por el Comité PIDESC en su Observación General N°14<sup>803</sup>. El derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca los siguientes elementos esenciales e interrelacionados, cuya aplicación dependerá de las condiciones prevalecientes en un determinado Estado Parte:

**a) Disponibilidad.** Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. La naturaleza precisa de los establecimientos, bienes y servicios dependerá de diversos factores, en particular el nivel de desarrollo del Estado Parte. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas, hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado y bien remunerado habida cuenta de las condiciones que existen en el país, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.

**b) Accesibilidad.** Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas:

---

<sup>803</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 12.

i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos.

ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades.

iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos.

iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

**c) Aceptabilidad.** Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

**d) Calidad.** Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista

científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.

**5.2.1.1. Obligación de asegurar conjunto mínimo de servicios e instalaciones relacionadas con la salud.** En un informe del año 2008<sup>804</sup>, el ex Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud, Paul Hunt, indicaba que “el Estado tiene la obligación fundamental de asegurar una “cesta”o conjunto mínimo de servicios e instalaciones relacionadas con la salud, que comprenda los alimentos indispensables para no padecer hambre, un saneamiento básico y agua adecuada, medicamentos esenciales, inmunización contra las principales enfermedades infecciosas prevalentes en la comunidad, y servicios de salud sexual y reproductiva que faciliten información, planificación familiar, servicios de atención prenatal y posnatal, así como atención obstétrica de urgencia. Algunos Estados ha determinado ya ese conjunto mínimo de servicios para sus respectivas poblaciones. Algunas organizaciones internacionales han tratado asimismo de determinar ese conjunto mínimo de servicios de salud”.

Luego en el mismo informe<sup>805</sup>, el indicado Relator Especial, señala que “todo sistema de salud debe poseer un conjunto apropiado de instalaciones y servicios de atención primaria (en la comunidad), secundaria (en los distritos) y terciaria (especializada) para proponer servicios de prevención y asistencia sanitaria sin solución de continuidad”.

Por tanto, a nivel de atención primaria de salud, las obligaciones básicas relativas a enfermedades infecciosas según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del PIDESC serían al menos las siguientes<sup>806</sup>:

a) Garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados;

---

<sup>804</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/7/11, de 2008, párrafo 52.

<sup>805</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/7/11, de 2008, párrafo 55.

<sup>806</sup> Véase la O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 43.

e) Velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud;

f) Adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población; la estrategia y el plan de acción deberán ser elaborados, y periódicamente revisados, sobre la base de un proceso participativo y transparente; esa estrategia y ese plan deberán prever métodos, como el derecho a indicadores y bases de referencia de la salud que permitan vigilar estrechamente los progresos realizados; el proceso mediante el cual se concibe la estrategia y el plan de acción, así como el contenido de ambos, deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.

De acuerdo al mismo Comité entre las obligaciones básicas de prioridad comparables figuran las siguientes que consideramos parte de la atención de salud<sup>807</sup>:

a) Velar por la atención de la salud genésica, materna (prenatal y postnatal) e infantil;

b) Proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que tienen lugar en la comunidad;

c) Adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas;

d) Impartir educación y proporcionar acceso a la información relativa a los principales problemas de salud en la comunidad, con inclusión de los métodos para prevenir y combatir esas enfermedades;

e) Proporcionar capacitación adecuada al personal del sector de la salud, incluida la educación en materia de salud y derechos humanos.

---

<sup>807</sup> Véase la O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 44.

### **5.2.1.2. Obligación de Estados de no adoptar medidas de liberalización del comercio que afecte acceso de los más pobres y vulnerables a los servicios de salud.**

Al realizar una importante misión en la Organización Mundial del Comercio (OMC)<sup>808</sup>, el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud analizó los diferentes modos de suministro a través de los cuales se puede dar el comercio en la provisión de servicios de salud y de servicios relacionados con la salud.

Ello, atendido que la liberalización del comercio en los servicios a través de cualquiera de sus modos de suministro de servicios<sup>809</sup> provoca la apertura del sector salud a niveles más altos de competencia internacional.

El efecto de la liberalización de estos “modos” de suministro en servicios de salud y de servicios relacionados con la salud dependerá en la naturaleza específica del sistema de salud del país, su contexto regulatorio, las políticas gubernamentales y el nivel de desarrollo e infraestructura del país<sup>810</sup>.

Respecto de los efectos que puede provocar el incremento del comercio de servicios sanitarios, el Relator Especial es muy claro para aseverar que mientras se acepta que el incremento del comercio de servicios sanitarios puede aumentar la disponibilidad de recursos y mejorar el estado de la atención de salud, en algunos casos aquel incremento en el comercio de servicios puede también conducir a regresiones en el disfrute del

---

<sup>808</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2004/49/Add.1, de 2004.

<sup>809</sup> Según explica el ex Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud, Paul Hunt (E/CN.4/2004/49/Add.1, de 2004, párrafo 46), existen cuatro modos diferentes de suministro: → *el suministro que atraviesa fronteras (modo 1)*: el suministro de un servicio que traspasa una frontera en el cual tanto el proveedor del servicio como el consumidor no salen de sus respectivos países (ej: ofrecer servicios de telemedicina por el Internet); → *el consumo fuera de las fronteras (modo 2)*: el consumo de un servicio en un país por un consumidor de otro país (ej: un paciente de Tailandia que viaja a Cuba para recibir tratamiento especializado); → *presencia comercial (modo 3)*: un proveedor de servicio ofrece un servicio en otro país a través de, por ejemplo, una subsidiaria (ej: una corporación de Singapur invierte en servicios hospitalarios en Malasia a través de una subsidiaria); y → *presencia de personas naturales (modo 4)*: personas que ingresan temporalmente a otro país para proveer un servicio (ej: una enfermera filipina que ofrece servicios de enfermería en Francia por un período limitado).

<sup>810</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2004/49/Add.1, de 2004, párrafo 47.



derecho a la salud<sup>811</sup>. De manera que esto tiene directa relación con la lucha contra las enfermedades infecciosas.

El Relator Especial indica los siguientes ejemplos en aquél informe: crecientes oportunidades para la telemedicina (modo 1), la atracción de pacientes pudientes del exterior para cirugías especializadas (modo 2), o creciente inversión extranjera directa en servicios de salud (modo 3) puede proveer recursos requeridos para mejorar las infraestructuras en salud– pero puede también dirigir la provisión de salud hacia pacientes pudientes tanto foráneos como locales, que resulte en dos sistemas de salud superpuestos que se encarga de las necesidades de los pudientes y sanos en vez de los pobres y enfermos. En ciertos momentos, el sistema público de salud puede también desatender al pobre y a las personas que tradicionalmente sufren de discriminación y injusticia social; sin embargo, en la experiencia del Relator Especial, estas cuestiones se dan en aquellos casos con niveles más altos de participación privada en la provisión de servicios<sup>812</sup>.

**Sentencia Rol N°1710, de 6 de agosto de 2010, del Tribunal Constitucional de Chile.** Respecto de las obligaciones del Estado, por una parte, y de las instituciones y prestadores particulares, por la otra, en referencia con el derecho a la protección de la salud que la Constitución garantiza a todas las personas en el artículo 19 N°9 de la Constitución Política del Estado, el Tribunal Constitucional recientemente ha señalado que:

- “Que la doctrina jurídica chilena ha establecido la naturaleza del derecho asegurado en el número 9° del artículo 19 de la Constitución de la Constitución. El tratadista Alejandro Silva Bascuñán afirma: “el derecho a la salud forma parte de los “derechos sociales”, o de segunda generación, que superando la concepción liberal del Estado, se basan en los principios de igualdad y de solidaridad y cuyo titular es la persona humana, la que puede exigir su cumplimiento a la sociedad en su conjunto”(…)”<sup>813</sup>;

---

<sup>811</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2004/49/Add.1, de 2004, párrafo 47.

<sup>812</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2004/49/Add.1, de 2004, párrafo 48.

<sup>813</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC N°1710, de 2010, f.j. 111°.

- “Que, tratándose del derecho a la salud, la Constitución va más allá, pues establece el “deber preferente del Estado de garantizar la ejecución de las acciones de salud”. Esta expresión es utilizada únicamente en este derecho (Silva Bascuñán, Alejandro; Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XII, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2008, p. 140); la Constitución no califica de igual manera otros deberes del Estado (Bulnes Aldunate, Luz; El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980; en Gaceta Jurídica N° 294, diciembre, 2004, p. 18”<sup>814</sup>.
  
- Que, en seguida, la Constitución utiliza la expresión “preferente”, lo que en doctrina ha sido interpretado en el sentido de que el Estado “no es el único obligado a cumplir el deber que se le entrega, sino que él es el principal responsable” (Silva Bascuñán, A.; ob. cit., p. 140). Se trata de un deber prioritario y preeminente (Noguiera Alcalá, Humberto; Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Tomo III, Editorial Librotecnia; Santiago, 2009, p. 127). El Estado no puede jamás dejar de cumplir esta función (Cea, José Luis; Derecho Constitucional chileno, tomo II; Ediciones Universidad Católica, Santiago, 2004, p. 310). El Estado no puede siquiera poner en riesgo la ejecución de dichas acciones respecto de la población (Nancuante Almonacid, Ulises, y Sotomayor Klapp, Roberto; El derecho a la salud; Editorial Conosur, Santiago, 2001, p. 24). El establecimiento de este deber “significa que el sector privado asume un rol subsidiario en relación con la actividad estatal y no como se entiende en el contexto del orden público económico que ampara la Constitución, en que el Estado se repliega o limita ante el principio de la libre iniciativa o del derecho de toda persona de desarrollar cualquier actividad económica, permitiendo así que los particulares asuman un rol de promotores de ésta última” (Vásquez Márquez, José Ignacio; El déficit garantístico del artículo 19 N° 9 de la Constitución; en XXXIV Jornadas de Derecho Público, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2004, p. 397)”<sup>815</sup>.

---

<sup>814</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC N°1710, de 2010, f.j. 118°.

<sup>815</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC N°1710, de 2010, f.j. 121°.

**5.2.1.2.1. Riesgos de generar un sistema de salud de 2 clases diferentes.**– En su misión en la OMC el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud advierte sobre los riesgos que puede generar en los más vulnerables un sistema de salud de dos naturalezas diferentes, uno para “pobres” y otro para “ricos”.

En efecto, un sistema de salud de dos naturalezas diferentes superpuestas puede conducir a una serie de situaciones que afectan negativamente en la lucha contra las enfermedades infecciosas. El Relator Especial coloca nuevamente diferentes ejemplos que ilustran de adecuada manera sus aprensiones:

- cirugía especializada disponible para áreas rentables (ej: cirugía electiva);
- atención de salud donde los servicios se proveen a aquellos que pueden pagar más pero son menos necesitados;
- la fuga de cerebros (conocida en inglés como “brain drain”), en que los profesionales de la salud se trasladan hacia el mejor pagado sector privado enfocado en pacientes que pueden pagar, y posiblemente desviando recursos previstos para áreas rurales y atención primaria de salud hacia centros especializados<sup>816</sup>.

De tal manera, mientras el incremento en el comercio de servicios puede conducir a un mejoramiento de los servicios de salud para algunos, ello también puede generar una creciente discriminación en la provisión de servicios de salud –particularmente discriminación sobre la base de status social– y de una retirada de recursos de los pobres hacia los ricos<sup>817</sup>. De acuerdo con el Relator Especial esta es la situación que un enfoque basado en los derechos humanos aplicado en el comercio de servicios está llamada a evitar.

Mientras algunos teóricos sobre el comercio y el desarrollo aceptan que habrán algunos “perdedores” en el proceso de liberalización del comercio y el desarrollo, siendo

---

<sup>816</sup> CHANDA, Rupa, “Trade in health services”, *Bulletin of the World Health Organization*, vol. 80, n.º2, pp. 158-163, 2002.

<sup>817</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2004/49/Add.1, de 2004, párrafo 48.

justificado a través de ganancias generales de bienestar,<sup>818</sup> un enfoque basado en los derechos humanos se enfoca en la protección de los derechos para todos, particularmente de los potenciales “perdedores”, y busca el diseño de políticas en esa dirección<sup>819</sup>. Estos “perdedores” precisamente coinciden con aquellas poblaciones y grupos vulnerables más afectados por las enfermedades infecciosas.

Por lo tanto, el derecho a la salud requiere que las instalaciones de salud, bienes y servicios sean accesibles y de buena calidad. De tal manera, de acuerdo con el Relator Especial, si el incremento del comercio de servicios fuera a conducir a una reducción de la atención primaria de salud en áreas rurales, o a un acceso reducido para los pobres por tarifas de usuario, ello sería inconsistente con el derecho a la salud. Igualmente, si el incremento del comercio de servicios fuera a conducir a instalaciones de salud, bienes y servicios bajo el estándar, esto también sería inconsistente con el derecho a la salud.

**Sentencia rol N°976, de junio de 2008, del Tribunal Constitucional de Chile<sup>820</sup>.** Para efectos de evitar mayores brechas en la provisión de salud esta sentencia del Tribunal Constitucional de Chile apunta en la dirección correcta:

- “Que el deber de los particulares y de las instituciones privadas de respetar y promover el ejercicio de los derechos consustanciales a la dignidad de la persona humana en cuanto a su existencia y exigibilidad, se torna patente respecto de aquellos sujetos a los cuales la Constitución, como manifestación del principio de subsidiariedad, les ha reconocido y asegurado la facultad de participar en el proceso que infunde eficacia a los derechos que ella garantiza. Tal es, exactamente, lo que sucede con las Instituciones de Salud Previsional, en relación con el derecho de sus afiliados a gozar de las acciones destinadas a la protección de la salud, consagrado en el artículo 19, N°9, de la Constitución”<sup>821</sup>;

---

<sup>818</sup> Ver, por ejemplo, BEN-DAVID, Dan, NORDSTROM, Hakan y WINTERS, Alan, *Trade, Income Disparity and Poverty*, Ginebra, WTO, 2000 (WTO Special Studies, n.º5).

<sup>819</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2004/49/Add.1, de 2004, párrafo 49.

<sup>820</sup> Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N°18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N°4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago, Chile.

<sup>821</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC N°976, de 2008, f.j. 36°.

- “Que, sin duda, las instituciones aludidas tienen también asegurados sus derechos en la Carta Política, pero con idéntica certeza, ha de afirmarse que ellos se encuentran sometidos a los deberes correlativos, de los cuales resulta menester realzar aquí su contribución al bien común, haciendo cuanto esté a su alcance, dentro del ordenamiento jurídico, por materializar el goce del derecho a la protección de la salud. Consiguientemente, el desarrollo de sus actividades empresariales y el ejercicio del dominio sobre sus bienes, encuentran límites y obligaciones legítimas, impuestos por la ley en cumplimiento de lo previsto en la Carta Política a propósito de las exigencias derivadas de la función social de la propiedad. Precisamente, entre tales delimitaciones aparece, al tenor del artículo 19, N° 24, inciso segundo, de la Constitución, cuanto exija la salubridad pública, es decir, lo que sea bueno para la salud de sus habitantes”<sup>822</sup>.

**5.2.1.2.2. La liberalización del comercio y el GATT**<sup>823</sup>.– El GATT fue el primer acuerdo multilateral que considera todas las formas del comercio internacional de servicios. El GATT cubre el comercio de todos los servicios, salvo unas pocas excepciones, y busca establecer un marco estructural de principios y reglas para el comercio en la perspectiva de una progresiva liberalización y expansión del comercio.

Cada miembro de la OMC se puede comprometer a la liberalización del comercio de servicios de acuerdo al ritmo que considere apropiado y sobre la base de negociaciones con otros miembros de la OMC. Estos compromisos están, sin embargo, sujetos a nuevas rondas de negociaciones para conseguir niveles más altos de acceso al mercado<sup>824</sup>, lo cual podría resultar perjudicial en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

Una vez que un compromiso es generado, los miembros de la OMC asumen que no introducirán nuevas restricciones en el acceso al mercado y en el tratamiento nacional salvo que aquellas restricciones caigan dentro de las excepciones generales permitidas

---

<sup>822</sup> Tribunal Constitucional de Chile, STC N°976, de 2008, f.j. 37°.

<sup>823</sup> El Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), es un acuerdo multilateral, creado en la Conferencia de La Habana, en 1947, firmado en 1948, por la necesidad de establecer un conjunto de normas comerciales y concesiones arancelarias, y está considerado como el precursor de la Organización Mundial del Comercio.

<sup>824</sup> Artículo XIX (1) del GATT.

en el GATT.<sup>825</sup> Un miembro de la OMC solamente puede modificar o retirar un compromiso después de tres años y el miembro de la OMC tendrá que entrar en negociaciones para ajustes complementarios con cualquier país afectado por la modificación o retiro si aquello le fuere requerido.

El Relator Especial cuestiona la procedencia del requerimiento de ajustes compensatorios si la decisión de modificar o retirar un compromiso se vincula a la existencia de impactos negativos en el disfrute del derecho a la salud. El Relator Especial enfatiza la importancia de que los miembros de la OMC encarguen una evaluación de impacto en el derecho a la salud antes de contraer un compromiso de apertura del sector de los servicios de salud a la competencia internacional. De esta manera, el miembro de la OMC puede decidir respecto de la correcta forma, ritmo y secuencia de la liberalización del comercio de acuerdo con las necesidades nacionales y compatibles con el derecho a la salud<sup>826</sup>.

#### **5.2.1.3. Implementar capacidad básica de respuesta de salud pública para enfrentar riesgos y emergencias de propagación de enfermedades infecciosas.**

En esta parte cobra relevancia las obligaciones que debe asumir cada Estado Parte en el Reglamento Sanitario Internacional reformado el año 2005 y revisado detenidamente en el párrafo 2.3.1 de nuestra tesis.

La revisión el año 2005 del Reglamento Sanitario Internacional (RSI), incorpora precisamente el concepto de emergencias de salud pública de importancia internacional –abordado en el párrafo 2.3.1.3.1 del capítulo 2 de la tesis–, vital en la lucha contra las enfermedades infecciosas y el control de las epidemias y pandemias.

Fundamental para evitar la propagación nacional e internacional de una enfermedad infecciosa, resulta la implementación por todo Estado Parte de una capacidad básica de respuesta de salud pública para enfrentar riesgos de salud pública y emergencias de salud pública de importancia internacional y de esta manera evitar su proliferación, que afecta el derecho a la la salud y muchas veces de la vida a tantas personas en el mundo.

---

<sup>825</sup> Artículo XIV del GATT.

<sup>826</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2004/49/Add.1, de 2004, párrafos 51-52.

Así, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del RSI, se debe dar aplicación irrestricta a la obligación de desarrollar, reforzar y mantener, lo antes posible, pero a más tardar cinco años después de la fecha de entrada en vigor del RSI para ese Estado Parte, la capacidad necesaria para responder con prontitud y eficacia a los riesgos para la salud pública y las emergencias de salud pública de importancia internacional según lo previsto en el Anexo 1, debiendo la Organización Mundial de la Salud (OMS) publicar directrices para prestar apoyo a los Estados Partes en el desarrollo de la capacidad de respuesta de salud pública.

El Anexo 1 dispone que la capacidad básica de respuesta de salud pública en el nivel de la comunidad local y/o en el nivel primario de respuesta de salud pública –de especial relevancia en la configuración del derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas– se encuentra constituido por la capacidad para: a) detectar eventos que supongan niveles de morbilidad o mortalidad superiores a los previstos para un tiempo y lugar determinados, en todas las zonas del territorio del Estado Parte; y b) comunicar de inmediato al nivel apropiado de respuesta de salud pública toda la información esencial disponible.

En el nivel de la comunidad, la información se debe comunicar a las instituciones comunitarias locales de atención de salud o al personal de salud apropiado. En el nivel primario de respuesta de salud pública, la información se comunicará a los niveles intermedio y nacional de respuesta, según sean las estructuras orgánicas. A los efectos del Anexo 1, la información esencial incluye lo siguiente: descripciones clínicas, resultados de laboratorio, origen y naturaleza del riesgo, número de casos humanos y de defunciones, condiciones que influyen en la propagación de la enfermedad y medidas sanitarias aplicadas; y c) aplicar de inmediato medidas preliminares de control.

La implementación de esta capacidad constituye un mínimo que no puede verse afectado, recortado, ni limitado por intereses o consideraciones ajenas a la salud pública. La notable actualidad y vigencia de la lucha contra las enfermedades infecciosas la da el hecho que todo Estado Parte debe a más tardar cinco años después

de la fecha de entrada en vigor del RSI para ese Estado Parte, implementar esta capacidad, y el RSI –revisado– es del año 2005.

### 5.2.2. Acceso a Medicamentos Esenciales.

El acceso a los medicamentos esenciales viene a ser un elemento prioritario del acceso a la atención de salud. El acceso a una adecuada atención de salud requiere del acceso a los medicamentos esenciales.

Ahora bien, por cierto van a existir factores que influyen en el acceso a los medicamentos, que tendrán que ver con la selección y uso racional de medicamentos; precios asequibles; financiación sostenible; sistemas de salud y aprovisionamiento seguros<sup>827</sup>.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales del PIDESC, en su Observación General N°14, señala que el derecho a la salud en todas sus formas y a todos los niveles abarca cuatro elementos esenciales e interrelacionados –disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad–, y al tratar el elemento de la disponibilidad, en este ámbito, se refiere a la disponibilidad “de los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS<sup>828,829</sup>”.

---

<sup>827</sup> En Chile, por ejemplo, se ha suscitado controversia por el alto endeudamiento del Estado tanto con la industria nacional como con laboratorios extranjeros, así como de los Municipios con el organismo público Cenabast (Central de Abastecimiento del Sistema Nacional de Servicios de Salud). Al respecto los laboratorios nacionales agrupados en la Asociación Industrial de Laboratorios Farmacéuticos (Asilfa) han advertido que su gremio podría dejar de abastecer de medicamentos al sector público de salud como consecuencia del alto nivel de endeudamiento del Estado (municipios, servicios de salud y hospitales), que alcanzaría una cifra cercana a los US\$100 millones. Por su parte, el gremio que agrupa a los laboratorios internacionales presentes en Chile (la Cámara de la Industria Farmacéutica) reconoció que existe una deuda importante con sus miembros, pero a pesar de eso seguirán entregando los fármacos. Entre los medicamentos más importantes que entregan estos laboratorios en el sector público están la triterapia del sida, las insulinas y las vacunas, y según datos de la industria, representan alrededor del 30% del total de medicamentos que compran los hospitales dependientes del Ministerio de Salud. El otro 70% es abastecido por los laboratorios nacionales.

En el caso de las Municipalidades, la directiva nacional de los alcaldes ha sostenido reuniones con la Cenabast para buscar una forma de repactar la deuda que mantienen con ese organismo de salud. De los 345 municipios del país, 256 compran medicamentos para sus consultorios a través de la Cenabast y 89 lo hacen directamente a las empresas farmacéuticas (Diario *El Mercurio* de Santiago, 3 de octubre de 2009, “Laboratorios podrían suspender entrega de remedios a hospitales”, artículo de René Olivares y Rodrigo Silva, p. C13).

<sup>828</sup> Véase la Lista modelo de medicamentos esenciales de la OMS, revisada en diciembre de 1999, *WHO Drug Information*, vol. 13, n.º 4, 1999.

<sup>829</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 12 letra a.



Asimismo, el Comité enuncia entre las obligaciones básicas mínimas que deben ser satisfechas por los Estados partes, la de “Facilitar medicamentos esenciales, según las definiciones periódicas que figuran en el Programa de Acción sobre Medicamentos Esenciales de la OMS”<sup>830</sup>.

Cabe señalar que la primera lista de medicamentos esenciales fue publicada en 1977. De acuerdo con la definición de la OMS los medicamentos esenciales son los que satisfacen las necesidades sanitarias prioritarias de la población<sup>831</sup>, aquellos “considerados de la máxima importancia, y por lo tanto básicos, indispensables y necesarios”<sup>832</sup>. En esta materia cabe repasar lo expuesto previamente en esta tesis en el capítulo 2, específicamente en el párrafo 2.2.1.2, sobre “El acceso a los medicamentos esenciales”.

#### **5.2.2.1. Elementos que determinan la accesibilidad de medicamentos.**

Según corrobora el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, Anand Grover, la accesibilidad presenta cuatro aspectos. En primer lugar, los medicamentos han de ser accesibles en todo el país; en segundo lugar, los medicamentos han de ser económicamente accesibles (es decir asequibles) para todos, incluidas las personas que viven en la pobreza; en tercer lugar, los medicamentos han de ser accesibles sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos; en cuarto lugar, los pacientes y los profesionales de la salud deben tener acceso a información fidedigna sobre los medicamentos para poder adoptar decisiones con conocimiento de causa<sup>833</sup>.

El Relator Especial examina específicamente el aspecto de la accesibilidad económica (asequibilidad), la que atribuye especial relevancia, sobre todo teniendo en cuenta las leyes de propiedad intelectual, sus consecuencias para la asequibilidad de los

---

<sup>830</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 43 letra d.

<sup>831</sup> OMS, *WHO Medicines Strategy: Revised procedure for updating WHO's Model List of Essential Drugs* (EB109/8), de 7 de diciembre de 2001, p. 3.

<sup>832</sup> OMS, *The Selection of essential drugs, Report of a WHO Expert Committee*, Ginebra, 1977, p. 9. (WHO Technical Report Series, n.º 615).

<sup>833</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/11/12, de 2009, párrafo 15 y nota al pie de página n.º 20.

medicamentos, y por tanto la incidencia significativa que pueden provocar en el acceso a los medicamentos<sup>834</sup>.

Las actuales desigualdades en materia de acceso a los medicamentos ponen de manifiesto la necesidad de que los Estados respeten las obligaciones contraídas en virtud del derecho internacional de proteger el derecho a la salud. Esto incluye asegurar que sus leyes y prácticas, incluidas las relacionadas con la propiedad intelectual, tengan en cuenta el derecho a la salud y la necesidad de asegurar el acceso a medicamentos asequibles para todos. En aquél informe se exponen algunas de las medidas que los Estados pueden adoptar para asegurar que sus regímenes nacionales de propiedad intelectual protejan el derecho a la salud<sup>835</sup>.

En el contexto del comercio, se indicarán a continuación dos de estos esquemas complementarios, siendo el primero especialmente relevante en el análisis de políticas.

**5.2.2.2. Obligaciones de disponibilidad, accesibilidad y buena calidad.**— Este esquema es relevante para el análisis de políticas y se aplica a un tema que constituye tanto un elemento del derecho a la salud como un elemento del comercio contemporáneo: el acceso a medicamentos esenciales<sup>836</sup>:

→ **Disponibilidad:** el Estado debe hacer todo lo razonablemente posible para que un medicamento esencial se encuentre disponible en su jurisdicción, por ejemplo al utilizar, cuando corresponda, las flexibilidades ADPIC, tales como licencias obligatorias e importaciones paralelas.

→ **Accesibilidad:** sin embargo, hacer el medicamento esencial disponible en la jurisdicción no es suficiente. El medicamento puede estar disponible en el Estado, pero

---

<sup>834</sup> Se reproduce a continuación la nota al pie de página n.º 21 del documento de las Naciones Unidas A/HRC/11/12: “Las leyes de propiedad intelectual pueden también afectar la investigación médica, lo que puede incidir en el acceso a los medicamentos. La Comisión de la Propiedad Intelectual, Innovación y Salud Pública (CPIH) ha observado que, “No existen pruebas de que la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC en los países en desarrollo vaya a fomentar de manera significativa las actividades de I + D de productos farmacéuticos relacionados con las enfermedades de tipo II y, en particular de tipo III. La falta de incentivos de mercado es el factor decisivo”.

<sup>835</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/11/12, de 2009, párrafo 16.

<sup>836</sup> Véase la O.G. N.º 14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 12.

sólo en los centros urbanos, no en las áreas rurales; o solamente para los ricos y no para aquellos viviendo en la pobreza; o solamente para personas sin discapacidades; y así sucesivamente. Por tanto, el Estado debe hacer todo lo razonablemente posible para asegurar que el medicamento esencial no sólo se encuentre disponible en la jurisdicción, pero accesible a todos. El acceso tiene al menos cuatro dimensiones:

- i) *No-discriminación*. El medicamento esencial debe ser accesible para todos, en el derecho y en los hechos, sin discriminación en cualquiera de las áreas prohibidas a nivel internacional, como por motivos de sexo, raza o origen social. Por ejemplo, mecanismos de provisión serán requeridos para alcanzar grupos desaventajados, tales como mujeres, minorías, indígenas, personas de barrios bajos y migrantes laborales;
- ii) *Acceso físico*. El medicamento esencial debe ser accesible en todas partes del país, incluyendo áreas rurales. Por ejemplo, clínicas móviles pueden requerirse;
- iii) *Accesibilidad económica*. Sea su provisión de carácter público o privada, el medicamento esencial tienen que ser asequible para todos, no solo para los que están bien económicamente. Claramente, la asequibilidad de un medicamento esencial genera cuestiones de gran relevancia, tales como la fijación de precios, licencias obligatorias, importaciones paralelas y la reducción de obligaciones para la importación;
- iv) *Información*. Información pública certera relacionada con la salud tiene que estar accesible para todos, incluyendo información relativa al medicamento esencial.

→ **Calidad**: Hacer que el medicamento esencial se encuentre disponible y accesible no es suficiente. Puede estar disponible y accesible en una jurisdicción, pero de pobre calidad (Por ej.: falsificado; contaminado; o bajo el estándar). En algunas ocasiones, medicamentos rechazados en el Norte por haber sobrepasado su fecha de expiración, son vendidos en el Sur. Por tanto, los países deben de tener en orden un sistema básico para monitorear la calidad de un medicamento esencial.

**5.2.2.3. Obligaciones de respetar, proteger y cumplir.**— Mientras el esquema analítico bosquejado previamente es especialmente relevante en el análisis de políticas, el esquema de respetar, proteger y dar cumplimiento es más compatible con el análisis legal:

→ **Respetar:** El deber de respetar exige que los Estados se abstengan de interferir, directa o indirectamente, con el disfrute del derecho a la salud. Por tanto, un Estado no debe comercializar medicamentos inseguros en infracción a derecho.

De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales las violaciones de las obligaciones de respetar son las acciones, políticas o leyes de los Estados que contravienen las normas establecidas en el artículo 12 del Pacto y que son susceptibles de producir lesiones corporales, una morbilidad innecesaria y una mortalidad evitable. Como ejemplos de ello cabe mencionar la suspensión de la legislación o la promulgación de leyes o adopción de políticas que afectan desfavorablemente al disfrute de cualquiera de los componentes del derecho a la salud; y el hecho de que el Estado no tenga en cuenta sus obligaciones legales con respecto al derecho a la salud al concertar acuerdos bilaterales o multilaterales con otros Estados, organizaciones internacionales u otras entidades, como, por ejemplo, las empresas multinacionales<sup>837</sup>.

Precisamente en lo que respecta a las consecuencias negativas de los acuerdos de libre comercio para el acceso a los medicamentos, el Relator Especial Sr. Anand Grover<sup>838</sup> (India) ha constatado en base al trabajo anterior desplegado por diversas reparticiones de las Naciones Unidas de la necesidad de aplicar las flexibilidades del Acuerdo de los ADPIC y tomó nota de las consecuencias negativas de los acuerdos de libre comercio (ALC) para el acceso a los medicamentos. Si los países pudieran hacer un uso cabal de las flexibilidades del Acuerdo sobre los ADPIC ello les permitiría cumplir su obligación de proteger, promover y hacer efectivo el derecho a la salud mejorando el acceso a medicamentos asequibles.

Sin embargo, el Relator Especial observa que el uso de la flexibilidad del Acuerdo sobre los ADPIC ha dado resultados variables y que son cada vez más los países en desarrollo y países menos adelantados (PMA) que han adoptado normas ADPIC plus –aún más severas que las contempladas en el Acuerdo sobre los ADPIC– que pueden tener consecuencias perniciosas para el derecho a la salud. En consecuencia, el Relator

---

<sup>837</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 50.

<sup>838</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/11/12, de 2009, párrafo 5.

Especial destaca la conveniencia de revisar los acuerdos relacionados con el comercio teniendo en cuenta sus efectos sobre el derecho a la salud y, en particular, sobre el acceso a los medicamentos.

→ **Proteger:** El deber de proteger exige que el Estado adopte medidas que impidan a terceros interferir con el derecho a la salud. Así, un Estado está obligado a regular la provisión de servicios con miras a eliminar la comercialización de medicamentos inseguros.

De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las violaciones de las obligaciones de proteger dimanarían del hecho de que un Estado no adopte todas las medidas necesarias para proteger, dentro de su jurisdicción, a las personas contra las violaciones del derecho a la salud por terceros. Figuran en esta categoría omisiones tales como ocurre en el caso de algunos empleadores y fabricantes de medicamentos o alimentos<sup>839</sup>.

→ **Cumplir:** La obligación de cumplir exige que el Estado adopte las medidas legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales, de promoción u de otro tipo que sean apropiadas para la plena realización del derecho a la salud. Esto incluye la obligación residual de proveer los diversos elementos del derecho, tal como el acceso a un medicamento esencial, cuando un individuo o grupo, por razones que exceden su control, no es capaz de disfrutar de aquél elemento en específico con los medios que tiene a su disposición.

De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las violaciones de las obligaciones de cumplir se producen cuando los Estados Partes no adoptan todas las medidas necesarias para dar efectividad al derecho a la salud. Cabe citar entre ellas la no adopción o aplicación de una política nacional de salud con miras a garantizar el derecho a la salud de todos; los gastos insuficientes o la asignación inadecuada de recursos públicos que impiden el disfrute del derecho a la salud por los particulares o grupos, en particular las personas vulnerables o marginadas; la no vigilancia del ejercicio del derecho a la salud en el plano nacional, por ejemplo

---

<sup>839</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 51.

mediante la elaboración y aplicación de indicadores y bases de referencia; el hecho de no adoptar medidas para reducir la distribución no equitativa de los establecimientos, bienes y servicios de salud; y el hecho de no reducir las tasas de mortalidad infantil y materna<sup>840</sup>.

**Caso Sudáfrica.** En relación con el acceso a medicamentos esenciales merece comentarios el caso judicial ocurrido con ocasión de la adopción por Sudáfrica en 1996 de una nueva Política nacional de medicamentos con el objetivo de garantizar un suministro adecuado y fiable de medicamentos seguros y eficaces en función del costo, de calidad aceptable para todos los ciudadanos de Sudáfrica<sup>841</sup>.

De conformidad con los principios de la Política, el Gobierno de Sudáfrica modificó su Ley de medicamentos para mejorar el acceso a los medicamentos<sup>842</sup>. En respuesta, los Estados Unidos incluyeron a Sudáfrica en la lista de vigilancia especial 301<sup>843</sup> y 39 empresas farmacéuticas entablaron una demanda contra las enmiendas, alegando que acabarían con los productos patentados al conferir al Ministro de Salud facultades demasiado amplias para producir o importar versiones más baratas de medicamentos que todavía estaban protegidas mediante patente<sup>844</sup>. Finalmente, la indignación de la opinión pública mundial tuvo como consecuencia un cambio en la posición de los Estados Unidos<sup>845</sup> y, en 2001, las empresas farmacéuticas retiraron la demanda.

**5.2.2.4. Importancia de los medicamentos genéricos y caso de VIH.**— El ejemplo de los medicamentos para el tratamiento de VIH es especialmente revelador. En 2001, cuando la crisis del VIH alcanzó su nivel máximo y la necesidad de antirretrovirales se disparó, la disponibilidad de antirretrovirales genéricos más baratos procedentes de los países en desarrollo supuso una reducción de los precios, que se situaban en más de 10.000 dólares por paciente por año, a menos de 350 dólares por paciente y por año para

---

<sup>840</sup> O.G. N°14, de 2000, del Comité PIDESC, párrafo 52.

<sup>841</sup> Política nacional de medicamentos de Sudáfrica, 1996, pág. 3.

<sup>842</sup> Ley de enmienda N°90, de la Ley de control de medicamentos y sustancias conexas, de 1997.

<sup>843</sup> Véase el 1999 Special 301 Report. La lista se mantiene en virtud de la Ley de comercio exterior de los Estados Unidos, de 1974, respecto de cada país. Se trata de un preludio de las sanciones comerciales que los Estados Unidos pueden imponer unilateralmente contra cualquier país.

<sup>844</sup> OMS, "South Africa Access to essential drugs in international trade agreements", *Essential Drugs in Brief*, n.º 4, pp.1-2, abril de 2001.

<sup>845</sup> Véase el Decreto-ley N°13.155, relativo al acceso a los productos farmacéuticos y las tecnologías médicas contra el VIH/SIDA, de 10 de mayo de 2000.

un tratamiento de primera línea combinado<sup>846</sup>. En la actualidad, la competencia de los productos genéricos ha contribuido a reducir los precios de los antirretrovirales de primera generación en más de un 99%<sup>847</sup>. La disponibilidad de medicamentos genéricos procedentes de países en desarrollo como el Brasil, la India, Sudáfrica y Tailandia ha provocado una baja de los precios y ha aumentado la gama de alternativas asequibles para los programas nacionales de tratamiento<sup>848</sup>. Los fabricantes de productos genéricos también han podido fabricar combinaciones de antirretrovirales de dosis fijas que son más fáciles de administrar y de utilizar en los países en desarrollo y en los países menos adelantados, incluidas algunas combinaciones que no se pueden obtener de los titulares de patente<sup>849</sup>. La importancia de los medicamentos genéricos sigue creciendo actualmente como lo demuestra su prominencia en los programas internacionales de suministro de medicamentos.

**5.2.2.5. Necesidad de asegurar continuidad del suministro de medicamentos genéricos.**— Por lo que respecta a los medicamentos, una patente de producto permite al titular de la patente fijar precios altos. Si aumenta el nivel de protección de las patentes, dificultando su obtención y, por tanto, reduciendo su número, ello fomentaría la competencia y reduciría los precios de los medicamentos. En cambio, si se reduce el nivel de protección de las patentes, facilitando su obtención y, por tanto, aumentando su número, ello puede resultar en un aumento de los precios. La competencia entre los productos farmacéuticos genéricos puede conducir a una reducción significativa de los precios y a un mayor acceso.

Sin embargo, actualmente hay incertidumbre en cuanto a la continuidad del suministro de medicamentos genéricos. Ello queda bastante claro al recordar las disputas de casos generadas en la OMC y revisadas en esta tesis ante el Procedimiento de Solución de Diferencias Comerciales en el capítulo 4, párrafo 4.2.1.4.5 sobre “Confiscación de medicamentos genéricos”.

---

<sup>846</sup> PEREZ-CASSAS, Carmen, et. al., *Accessing ARVs: untangling the web of price reductions for developing countries*, Médicos Sin Fronteras, 2001.

<sup>847</sup> MEDICOS SIN FRONTERAS, *Untangling the Web of ARV Price Reductions*, Op. Cit.

<sup>848</sup> ONUSIDA/OMS, *Informe sobre la epidemia mundial de SIDA*, OMS, 2008 (Programa conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA)).

<sup>849</sup> OMS/ONUSIDA, *Progress on Global Access to HIV Antiretroviral Therapy: a Report on “3 by 5” and Beyond*, Ginebra, OMS, marzo de 2006 (Programa conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA)).

Para los países en desarrollo, incluidos los que fabrican y suministran medicamentos genéricos como la India, el plazo para cumplir el Acuerdo sobre los ADPIC y para introducir las patentes de productos expiró en 2005. En vista de ese plazo, se teme que la posibilidad de que las empresas patenten nuevos productos farmacéuticos a escala casi mundial impida que continúe la competencia e imposibilite la reducción de precios necesaria para asegurar una difusión más amplia del tratamiento con antirretrovirales<sup>850</sup>. Por ejemplo, varios países en desarrollo y países menos adelantados manifestaron su preocupación a la OMS de que no hubiera antirretrovirales genéricos de la India disponibles después de 2005<sup>851</sup>. Esta situación es válida también por lo que respecta a los medicamentos para el tratamiento de otras enfermedades. Aunque algunos países puedan seguir fabricando medicamentos genéricos, la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC en otros países podría dificultar la importación de esos medicamentos.

Habida cuenta de la creciente preocupación que suscita la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC y sus consecuencias para el acceso a los medicamentos, varios países, representantes del sector privado, fundaciones benéficas y organizaciones no gubernamentales han adoptado recientemente diversas iniciativas destinadas a aumentar el acceso a los medicamentos existentes. Sin embargo, esas iniciativas no han bastado para hacer frente al reto de garantizar el acceso a los medicamentos<sup>852</sup>. Se debe permitir que los países en desarrollo y los países menos adelantados adopten medidas para modular la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC en relación con el acceso a los medicamentos, y en particular fomentar la competencia y permitir el acceso a versiones genéricas asequibles de los medicamentos patentados.

### **5.2.3. Irrenunciabilidad de Aplicación de Flexibilidades ADPIC por Estados.**

Para poder gozar del derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas, postulamos que es imprescindible para un adecuado

---

<sup>850</sup> OMS/ONUSIDA, *Progress on Global Access...*, Op. Cit.

<sup>851</sup> Carta del Director del Departamento de VIH/SIDA de la OMS al Ministro de Salud de la India de 17 de diciembre de 2004. Véase también KAMENI, Enga, "Implications of Indian Intellectual Property Law on sub-Saharan African countries", *The Botswana Review of Ethics, Law & HIV/AIDS*, vol. 2, n.º1, pp. 57-70, 2008.

<sup>852</sup> Resolución de la Asamblea Mundial de la Salud WHA61.21, anexo, párrafo 3.



acceso a la atención de salud, que los Estados partes, al menos los países en desarrollo y países menos adelantados –mientras se encuentren adscritos al Acuerdo sobre los ADPIC– no renuncien a la aplicación de las flexibilidades ADPIC, desarrolladas extensamente en el capítulo 4 de nuestra tesis, al tratar el contexto específico de los “Mercados globalizados” en el párrafo 4.2.1.

Según nuestro punto de vista es plenamente aplicable en esta materia la frase del Papa Benedicto XVI enunciada en su encíclica *Caritas in veritate*: “Hay formas excesivas de protección de los conocimientos por parte de los países ricos, a través de un empleo demasiado rígido del derecho a la propiedad intelectual, especialmente en el campo sanitario<sup>853</sup>”.

Mirado desde el punto de vista de la salud pública y de la protección del derecho a la salud, deben ser irrenunciables la aplicación e implementación de las flexibilidades ADPIC, de manera de asegurar a la población niveles mínimos y esenciales de resguardo en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

El Acuerdo sobre los ADPIC establece normas mundiales mínimas sobre los principales derechos de propiedad intelectual y normas para su aplicación<sup>854</sup> y consagra la protección mediante patente por un período mínimo de 20 años, apartándose del Convenio de París de 1883. En efecto, previo al Acuerdo sobre los ADPIC, el Convenio de París y los acuerdos posteriores basados en él sólo exigían que los Estados firmantes cumplieran los principios de no discriminación, trato nacional y prioridad. El anterior marco regulatorio ofrecía a los países flexibilidad suficiente para adaptar su régimen de propiedad intelectual en función de sus necesidades y objetivos socioeconómicos y permitían a los Estados excluir de la patentabilidad sectores estratégicos, como las industrias farmacéutica y agroquímica, y determinar la duración de la protección<sup>855</sup>.

Ello, ya no es posible, como quedó de manifiesto en el capítulo cuatro de nuestra tesis al ver las diferentes disputas –enfrentados muchas veces países desarrollados con países en desarrollo– en el marco del procedimiento de solución de diferencias de la OMC,

---

<sup>853</sup> BENEDICTO XVI, Op. Cit., p. 34.

<sup>854</sup> DEERE, Carolyn, Op. Cit.

<sup>855</sup> Véase el documento de las Naciones Unidas A/HRC/11/12, de 2009, párrafo 24.

justamente en relación con la aplicación de las normas del Acuerdo sobre los ADPIC, cuyo incumplimiento acarrea la aplicación de sanciones, revisado en nuestra tesis en el párrafo 4.2.1.3.1 denominado “Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC)”.

En el caso de la mayoría de los países en desarrollo y los países menos adelantados, la aplicación del Acuerdo sobre los ADPIC requiere la actualización de sus normas de propiedad intelectual, lo cual, a su vez, implica un conjunto complejo de reformas para volver a redactar y actualizar la legislación vigente<sup>856</sup>. También requiere un aumento considerable de los recursos financieros y humanos asignados a las cuestiones de propiedad intelectual<sup>857</sup>.

Por ello y como se pudo observar al revisar el contexto específico de los mercados globalizados en el capítulo 4 (párrafo 4.2.1.), el debido resguardo del derecho a la salud hace imprescindible al menos la aplicación de las flexibilidades ADPIC y no renunciar a ellas.

Por ejemplo, la protección por patente de un producto farmacéutico permite al titular del derecho de propiedad intelectual excluir a los competidores de determinados actos, incluyendo la reproducción y venta de un medicamento por un período mínimo de 20 años. Este período de exclusión teóricamente permite al titular del derecho recuperar algunos de los costos involucrados en la investigación médica. Aparte de establecer estándares mínimos para varias formas de protección de propiedad intelectual, el Acuerdo también permite a los Estados miembros de la OMC adoptar medidas que protegen la salud pública y la nutrición, y de protegerse en contra del abuso de los derechos de propiedad intelectual en determinados casos.

Por tanto, el Acuerdo sobre los ADPIC ofrece una flexibilidad que pueden y deben utilizar y implementar los Estados miembros de la OMC<sup>858</sup>, y por ende, cabe que los países, especialmente los países en desarrollo y menos adelantados, la desarrollen y

---

<sup>856</sup> DEERE, Carolyn, Op. Cit.

<sup>857</sup> Ibidem.

<sup>858</sup> Documento de las Naciones Unidas A/HRC/11/12, de 2009, párrafos 25-55.

apliquen legislativamente a nivel nacional. Más concretamente, su legislación nacional debería incluir la flexibilidad para:

- i) Utilizar plenamente los períodos de transición;
- ii) Definir los criterios de patentabilidad;
- iii) Conceder licencias obligatorias y prever el uso por el gobierno;
- iv) Adoptar el principio del agotamiento internacional, a fin de facilitar las importaciones paralelas;
- v) Establecer excepciones limitadas de los derechos de patente;
- vi) Permitir procedimientos de oposición y revocación;

A continuación, aludiremos a cada uno de ellos brevemente.

**5.2.3.1. Irrenunciabilidad y extensión de períodos de transición.** El Acuerdo sobre los ADPIC contempla plazos diferentes en función del nivel de desarrollo económico para su entrada en vigencia.

En el caso de los países en desarrollo, el plazo expiró el 2000. Los países que no protegían mediante patentes los productos en algunas esferas de la tecnología, como la India, Egipto y el Brasil, tenían cinco años más para cumplir el Acuerdo sobre los ADPIC con respecto a esas esferas de la tecnología, es decir hasta 2005.

En el caso de los países menos adelantados, el plazo expiraba en enero de 2006, pero se prorrogó hasta el 1º de julio de 2013. En lo que respecta a los medicamentos, en la Declaración de Doha se concedió una prórroga a los países menos adelantados hasta 2016. Es preciso que ello también se extienda por cuanto países de estas características no debe tener sobre sí otras exigencias que la de elevar las condiciones de vida de su población.

Por tanto, los países menos adelantados deben exigir nuevas prórrogas del período de transición, de conformidad con el párrafo 1 del artículo 66 del Acuerdo sobre los ADPIC. Ello sería una exigencia para el ejercicio del derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

**5.2.3.1.1. Necesidades de salud pública.** Las posibilidades de utilizar plenamente el período de transición para facilitar el acceso a los medicamentos han quedado demostradas en el caso de la India, que se ha convertido en un proveedor mundial de medicamentos genéricos asequibles<sup>859</sup>. Ello se debe principalmente a que a principios del decenio de 1970, la India suprimió la protección mediante patente de los medicamentos y sólo mantuvo la protección mediante patente del proceso, lo cual favoreció el crecimiento de la industria farmacéutica nacional especializada en la producción de versiones genéricas de medicamentos patentados en países desarrollados. Ello convirtió a la India de país importador de la mayoría de sus medicamentos a precios extremadamente altos en uno de los exportadores más importantes al mundo en desarrollo de medicamentos a precios asequibles que salvan vidas.

Si bien algunos países en desarrollo, como la India, agotaron ese período de transición y no patentaron los productos hasta 2005, al expirar su plazo en virtud del Acuerdo sobre los ADPIC, otros países, como el Brasil, protegieron los medicamentos mediante patentes antes de que vencieran sus plazos respectivos. Varios países menos adelantados también cumplieron el Acuerdo sobre los ADPIC antes de que vencieran sus plazos. Por ejemplo, 12 países menos adelantados francófonos habían armonizado su legislación sustancialmente con el Acuerdo sobre los ADPIC en 2002, 11 años antes de que venciera su plazo en 2013<sup>860</sup>. Además, cuando se adoptó la Declaración de Doha, los 25 Estados miembros de África, con tres excepciones (Angola, Ghana y Malawi), ya tenían leyes por las que se habían aprobado patentes de medicamentos<sup>861</sup>. Parece que Camboya y Nepal son los únicos países menos adelantados que han excluido los productos farmacéuticos de la patentabilidad hasta 2016<sup>862</sup>.

**5.2.3.1.2. Reconocimiento de su relevancia en Declaración de Doha.**— La necesidad de dictar esta Declaración da buena cuenta del poco apoyo que ha existido al uso de las Flexibilidades ADPIC y uso de los períodos de transición. En la Declaración relativa al

---

<sup>859</sup> La India es el proveedor principal de medicamentos esenciales para los países en desarrollo. Aproximadamente el 67% de los medicamentos producidos en la India se exporta a países en desarrollo. Véase la campaña “Save the pharmacy of the developing world”, de Médicos Sin Fronteras.

<sup>860</sup> DEERE, Carolyn, Op. Cit.

<sup>861</sup> Ibidem.

<sup>862</sup> MUSUNGU, Sisule y OH, Cecilia, Op. Cit.

Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública (Declaración de Doha), adoptada por la Conferencia Ministerial de la OMC en 2001, se reconocieron las preocupaciones con respecto a los efectos de la propiedad intelectual sobre los precios de los medicamentos y se reafirmó el derecho de los Estados miembros de utilizar la flexibilidad de los ADPIC para satisfacer las necesidades de salud pública y promover el acceso a los medicamentos para todos. Con respecto a la utilización por los países de la flexibilidad contenida en el Acuerdo, se ha observado que:

→ Mientras que algunos países no conocen suficientemente todas las posibilidades de la flexibilidad y su capacidad técnica es limitada, otros no han introducido las modificaciones necesarias en su legislación sobre patentes.

→ La presión de los países desarrollados ha influido mucho en la aplicación de la flexibilidad del Acuerdo sobre los ADPIC en los países en desarrollo y los países menos adelantados.

Ahora países menos adelantados deben utilizarlo y ampliarlo de conformidad con el artículo 66 párrafo 1 del Acuerdo sobre los ADPIC. El hecho de que la falta de patentes sobre los medicamentos puede contribuir a promover la capacidad local de fabricación, aumentar la fabricación de genéricos y facilitar la importación de medicamentos asequibles de otros países pone de relieve la importancia del período de transición.

**Casos presentados ante OMC por aplicación disposiciones transitorias.** En esta parte tendremos por reproducidos los casos analizados previamente en el capítulo cuatro, párrafo 4.2.1.4.1.2 denominado “Aplicación de disposiciones transitorias contempladas para países en desarrollo”, y que dan cuenta de las dificultades a que se han visto enfrentados los países en desarrollo respecto de la interpretación de las disposiciones transitorias.

Estos casos han sido el D.S. N°50, de 1996<sup>863</sup>; el D.S. N°79, de 1997<sup>864</sup>; el D.S. N°171, de 1999<sup>865</sup>; y D.S. N°196, de 2000<sup>866</sup>.

---

<sup>863</sup> Estados Unidos v/s India (“India – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura”).

<sup>864</sup> Comunidades Europeas v/s India (“India – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura”).

<sup>865</sup> Estados Unidos v/s Argentina (“Argentina – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y protección de los datos de pruebas relativas a productos químicos para la agricultura”).

#### **5.2.3.2. Exclusión de la patentabilidad para proteger vida o salud de personas y poblaciones.**

El Acuerdo sobre los ADPIC no define criterios de patentabilidad. De conformidad con el párrafo 1 del artículo 27 del Acuerdo sobre los ADPIC, las patentes pueden obtenerse por las invenciones que sean “nuevas, entrañen una actividad inventiva y sean susceptibles de aplicación industrial”.

Por lo tanto, los Estados miembros tienen libertad para definir cada criterio en función de sus necesidades. Los países aplican normas diferentes a cada uno de esos criterios, bien mediante legislación o a través de la jurisprudencia. Si bien los países que aplican normas de patentabilidad menos estricta permiten que las patentes se concedan fácilmente, los que aplican normas de patentabilidad más elevadas sólo conceden patentes a invenciones auténticas.

El artículo 27 permite a los Estados miembros excluir de la patentabilidad las invenciones cuya explotación comercial sea perjudicial para la vida o la salud de las personas. Podrán excluir asimismo de la patentabilidad los métodos de diagnóstico, terapéuticos y quirúrgicos para el tratamiento de personas. El Acuerdo sobre los ADPIC no contiene una lista exhaustiva de exclusiones permitidas, de modo que los países pueden excluir determinadas categorías de invenciones a fin de proteger la salud pública.

##### **5.2.3.2.1. Dar aplicación a criterios estrictos de patentabilidad en medicamentos.**

La libertad para establecer criterios estrictos de patentabilidad y excluir determinadas invenciones es un instrumento importante que los países deben utilizar para combatir la perennización de las patentes y asegurar que las patentes sólo se concedan a las invenciones auténticas en el sector farmacéutico. Así, los países pueden denegar las patentes sobre usos, formas, fórmulas, o combinaciones nuevas de medicamentos conocidos.

---

<sup>866</sup> Estados Unidos v/s Argentina (“Argentina – determinadas medidas relativas a la protección de patentes y de los datos de pruebas”).

Casos como la India y las Filipinas, por ejemplo, cuyas legislaciones excluyen de la patentabilidad las formas nuevas de sustancias conocidas, a menos que sean claramente más eficaces, así como los usos y las combinaciones nuevos (o secundarios) de sustancias conocidas<sup>867</sup>. Casos como estos deben ser impulsados legislativamente por otros países.

**5.2.3.2.2. Impedir “perennización” de patentes por empresas farmacéuticas.**— Esta preocupación desde la perspectiva del derecho a la salud tiene relación con prácticas de las empresas farmacéuticas. La perennización es una práctica que consiste en obtener patentes nuevas de un medicamento ya patentado modificándolo ligeramente<sup>868</sup>. Por ejemplo, se obtienen patentes de usos, formas, combinaciones y fórmulas nuevas de medicamentos conocidos con el fin de prolongar el período de monopolio del titular de la patente. Esta práctica retrasa la entrada en el mercado de medicamentos genéricos de la competencia.

**Caso Canadá contra Comunidades Europeas.** Es interesante en esta parte hacer alusión al caso ventilado ante el procedimiento de solución de diferencias de la OMC, el D.S. N°153, de 1998<sup>869</sup>, relativa a la solicitud de celebración de consultas por parte de Canadá en contra de las Comunidades Europeas por la dictación, en lo que interesa, de un reglamento que contiene un sistema de prórroga de la duración de la patente en el campo farmacéutico. Para más detalles, remitirse a lo ya expuesto en el capítulo cuatro, párrafo 4.2.1.4.1.3, denominado “Prórroga de duración de patentes para medicamentos”.

**Caso “Novartis A.G. contra Unión de la India”<sup>870</sup>.**— En el caso Novartis A.G. contra Unión de la India, la India fue objeto de presiones por tratar de utilizar salvaguardias. En efecto, el año 2005 la India incluyó en su legislación sobre patentes criterios

---

<sup>867</sup> India, Ley de patentes de la India, 1970, párrafo d) del artículo 3; Filipinas, Código de la Propiedad Intelectual (modificado por el artículo 5 de la Ley de medicamentos universalmente accesibles, más asequibles y de calidad, de 2008), párrafo 1 del artículo 22.

<sup>868</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/Sub.2/2001/13.

<sup>869</sup> Canadá v/s Comunidades Europeas (“Comunidades Europeas – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura”).

<sup>870</sup> Información sobre Caso “Novartis A.G. contra Unión de la India” (2007, 4MLJ 1153), disponible en sitio electrónico <http://es.scribd.com/doc/456550/High-Court-order-Novartis-Union-of-India> (visitado el 29 de agosto de 2011).

estrictos de patentabilidad para luchar contra la perennización de las patentes<sup>871</sup>. Luego, la empresa farmacéutica entabló una demanda contra esa disposición ante el Tribunal Superior de Madrás, alegando que vulneraba el Acuerdo sobre los ADPIC y el principio de igualdad consagrado en la Constitución. El Tribunal confirmó la enmienda, entre otros motivos porque se trataba del cumplimiento de las obligaciones del Gobierno en relación con el derecho a la salud. El caso de la India también suscitó un gran apoyo en todo el mundo al uso de salvaguardias por razones de salud pública por los países en desarrollo en su legislación sobre patentes.

### **5.2.3.3. Concesión de licencias obligatorias y uso por el Gobierno.**

Si bien muchos países han adoptado mecanismos para conceder licencias obligatorias, los motivos son variados<sup>872</sup> y los procedimientos previstos en la legislación nacional en ocasiones son complicados por lo que es necesario racionalizarlos y simplificarlos para facilitar la concesión de esas licencias.

La concesión de licencias obligatorias se basa en el artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC que permite a los Estados miembros utilizar por sí mismos o por terceros una invención patentada “sin autorización” del titular de la patente. Aunque el Acuerdo sobre los ADPIC impone algunas restricciones a las licencias obligatorias, los Estados miembros tienen libertad para determinar los motivos para su concesión, y por ello a continuación daremos repaso a varias de ellas que deben ser utilizadas por los Estados en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

**Caso Estados Unidos v/s Brasil.** Además de los casos mencionados en el libro de t’Hoen, recién citado, es muy interesante en esta materia el D.S. N°199, de 2000<sup>873</sup>, ventilado ante el órgano de solución de diferencias de la OMC y que ya tratamos previamente en el capítulo cuatro, párrafo 4.2.1.4.1.4 denominado “Concesión de licencias obligatorias o uso por el gobierno”.

**5.2.3.3.1. Negativa del titular a conceder licencias.** La aplicación de este mecanismo o flexibilidad también puede ser utilizado cuando una empresa farmacéutica titular de una

---

<sup>871</sup> Ley (enmienda) de patentes, de 2005, párrafo d) del artículo 3.

<sup>872</sup> T’HOEN, Ellen, Op. Cit., p. 61, cuadro 6.

<sup>873</sup> Estados Unidos v/s Brasil (“Brasil – Medidas que afectan a la protección mediante patente”).



patente se niega a conceder una licencia a una empresa de genéricos. Ello ya fue sancionado anteriormente por la Comisión de Competencia de Sudáfrica, en cuanto consideró que la negativa por parte de una importante empresa farmacéutica, titular de la patente, de no conceder licencia a una empresa de genéricos, fue evaluado como abuso de posición dominante<sup>874</sup>.

**5.2.3.3.2. Por interés público.** El uso por el gobierno es una forma de licencia obligatoria que permite el uso de una invención patentada por o para un gobierno con fines de uso público no comercial. Los países pueden conceder esas licencias a terceros para que fabriquen medicamentos patentados para los gobiernos a fin de que esos medicamentos estén a disposición de la población. La expresión “uso público no comercial” no se ha definido, por lo que los países tienen libertad para interpretarla y aplicarla. La legislación sobre patentes de los Estados Unidos de América y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ofrecerán ejemplos útiles de cómo se pueden utilizar ampliamente las patentes prácticamente para cualquier uso público no comercial<sup>875</sup>.

La restricción conforme al artículo 31 de las negociaciones previas con el titular de la patente no se aplica al uso por el Gobierno. Ello permite un proceso rápido que ayuda a los gobiernos a cumplir su obligación de facilitar el acceso a los medicamentos.

Aquí resulta interesante aludir al caso ventilado ante el órgano de solución de controversias de la OMC –Estados Unidos contra Brasil–, el D.S. N°199, en que llegan a un acuerdo ambas partes en que EE.UU. hace presente al Gobierno de Brasil que su reclamación en caso alguno tiene la intención de impedir la lucha de Brasil contra el VIH/SIDA. Esto se encuentra presentado previamente en el párrafo 4.2.1.4.1.4 de nuestra tesis.

**5.2.3.3.3. Para proteger la salud pública.** Los Países tienen libertad para proteger la salud pública y promover el acceso a los medicamentos para todos. En el apartado b) del párrafo 5 de la Declaración de Doha se reafirmó específicamente el derecho de los

---

<sup>874</sup> Comunicado de prensa N°30, de 2003, de la Comisión de Competencia de Sudáfrica.

<sup>875</sup> OH, Cecilia, “Compulsory licences: recent experiences in developing countries”, *International Journal of Intellectual Property Management*, vol. 1, n.º 1/2, p. 22, 2006.

Estados miembros de determinar las bases sobre las cuales se conceden las licencias obligatorias. Los países tienen la libertad para proteger la salud pública y promover el acceso a los medicamentos para todos. El Acuerdo sobre los ADPIC no limita el uso de licencias obligatorias a las situaciones de emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia o casos de VIH, tuberculosis y malaria. En ese sentido, la concesión de licencias obligatorias por Tailandia en relación con los medicamentos para las cardiopatías, el cáncer y el VIH está en conformidad con el Acuerdo sobre los ADPIC<sup>876</sup>.

Caso de Tailandia. Este país también sufrió presiones tras su intento de reducir los precios de los medicamentos mediante la concesión de licencias obligatorias. Entre 2006 y 2007, Tailandia concedió licencias obligatorias para medicamentos contra el VIH y las cardiopatías con el fin de cumplir su obligación de asegurar el acceso universal a los medicamentos<sup>877</sup>. En 2007, se incluyó a Tailandia en la lista de vigilancia especial 301<sup>878</sup>. La Comisión Europea tampoco acogió con satisfacción las medidas adoptadas por Tailandia<sup>879</sup>. Una de las empresas afectadas retiró siete solicitudes de registro de medicamentos nuevos en Tailandia que, por lo tanto, no entraron en el mercado tailandés<sup>880</sup>.

En 2008, Tailandia tras observar la carga que representaba el cáncer y la necesidad de que el programa de salud del Gobierno facilitara el acceso a los medicamentos, concedió licencias obligatorias para tres medicamentos contra el cáncer<sup>881</sup>. Una campaña mundial de apoyo a las licencias obligatorias de Tailandia dió lugar a varias

---

<sup>876</sup> Véase ABBOTT, F.M. y REICHMAN, J.H., “The Doha Round’s public health legacy: strategies for the production and diffusion of patented medicines under the amended TRIPS provisions”, *Journal of International Economic Law*, vol. 10, n.º4, pp. 921-987, 2007.

<sup>877</sup> Entre los medicamentos en que se concedieron licencias obligatorias figura el lopinavir/ritonavir y el efavirenz, medicamentos contra el VIH.

<sup>878</sup> Oficina del Representante de los Estados Unidos para Asuntos Comerciales, *2007 Special 301 Report*.

<sup>879</sup> Véase ABBOTT, F.M. y REICHMAN, J.H., Op. Cit. En una carta de fecha 10 de julio de 2007 dirigida al Ministro de Comercio de Tailandia, el Comisario de Comercio de la Unión Europea afirmó que ni el Acuerdo sobre los ADPIC ni la Declaración de Doha parecían justificar una política sistemática de aplicación de licencias obligatorias siempre que los medicamentos superaran determinados precios.

<sup>880</sup> OMS, *WHO Briefing Note, Access to Medicines – Country Experiences in Using TRIPS Safeguards*, Oficina Regional de la OMS para Asia Sudoriental y Oficina Regional de la OMS para el Pacífico Occidental, febrero de 2008.

<sup>881</sup> También se iba a conceder una licencia obligatoria para un cuarto medicamento, el imatinib, utilizado para tratar la leucemia y otros tipos de cáncer, pero no se llevó a cabo puesto que se ofreció gratuitamente a un programa de salud pública de Tailandia.

declaraciones en favor del uso de esa flexibilidad del Acuerdo sobre los ADPIC. No obstante, Tailandia sigue sufriendo una presión cada vez mayor en respuesta a su utilización de las licencias obligatorias<sup>882</sup>.

**5.2.3.3.4. Emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia.** En esta parte corresponde remitirse al capítulo cuatro, párrafo 4.2.1.3.2.1 denominado “Preocupación expresa por lucha contra enfermedades infecciosas”, en que se aborda la Declaración de Doha y sus importantes referencias a la lucha contra las enfermedades infecciosas.

Entre ellas, cabe destacar la relevancia de la Declaración en cuanto a que estipula expresamente que “cada Miembro tiene el derecho a determinar lo que constituye una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia, quedando entendido que las crisis de salud pública, incluidas las relacionadas con el VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias, pueden representar una emergencia nacional u otras circunstancias de extrema urgencia”<sup>883</sup>.

Las enormes posibilidades que abre estas circunstancias para el uso de concesiones obligatorias por parte de los Gobiernos, solamente debe entenderse fortalecido, a nuestro juicio, con la aprobación el año 2005 del nuevo Reglamento Sanitario Internacional tratado en el capítulo dos (2) de esta tesis y que inserta por primera vez la calificación de “emergencias de salud pública de importancia internacional” tratado previamente en el capítulo segundo de la tesis, párrafo 2.3.1.3.1 denominado precisamente “Emergencias de salud pública de importancia internacional”.

**5.2.3.3.5. Prácticas anticompetitivas.** Las prácticas anticompetitivas también pueden y deben dar lugar a la aplicación por parte de los Estados de la flexibilidad contemplada en el Acuerdo sobre los ADPIC relativo a la concesión de licencias obligatorias.

---

<sup>882</sup> Informe de PhRMA de 2008 al Representante de los Estados Unidos para Asuntos Comerciales para el *Special 301 Report*, pasaje sobre Tailandia.

<sup>883</sup> Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la salud pública, párrafo 5 letra c.

Por ejemplo, en conformidad con el artículo 40 del Acuerdo sobre los ADPIC relativa al control de las prácticas anticompetitivas en las licencias contractuales, la Comisión de Competencia de Sudáfrica consideró que la práctica de una empresa farmacéutica de no conceder licencias a una empresa de genéricos constituye un abuso de posición dominante, lo cual se dio en Sudáfrica en el marco del caso “Treatment Action Campaigne (TAC) v. GlaxoSmithKline & Boehringer Ingelheim”, respecto de productos farmacéuticos para el tratamiento de VIH/SIDA. En definitiva, la Comisión de Competencia de Sudáfrica encontró a ambas gigantes farmacéuticas culpable de prácticas anticompetitivas y determinó fuertes sanciones<sup>884</sup>.

**5.2.3.3.6. Falta o insuficiencia de explotación<sup>885</sup>.** La falta o insuficiencia de explotación por parte del titular de una patente farmacéutica también puede y debe ser objeto de la concesión de una licencia obligatoria si ello se encontrare justificado en aras del derecho a la salud y en nuestro caso específico del derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas. por los Estrados

Un caso muy interesante fue el ventilado en la OMC entre Estados Unidos y Brasil – D.S. N°199– en que el primero alegaba al segundo del establecimiento de un requisito de “explotación local” para el disfrute de derechos exclusivos de patente mediante productos nacionales y no a través de la importación de materias patentadas. Este caso se encuentra tratado en el párrafo 4.2.1.4.1.4.

Los Estados miembros también tienen la libertad para establecer otros criterios que estimen convenientes.

**Dificultad para importar medicamentos genéricos y decisión de 30 de agosto de 2003 de OMC.**– Los países con una capacidad de fabricación escasa o nula tienen dificultades para utilizar las licencias obligatorias para importar medicamentos genéricos, ya que el párrafo f) del artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC exige que los bienes producidos de conformidad con una licencia obligatoria se destinen

---

<sup>884</sup> Véase detalles del caso y sanciones en T’HOEN, Ellen, Op. Cit., pp. 51-54.

<sup>885</sup> MUSUNGU, Sisule, y OH, Cecilia, Op. Cit., pp. 28-30.

“principalmente” al uso local. Esa dificultad se reconoció en la Declaración de Doha, por lo que el Consejo General de la OMC proporcionó un marco para abordar la cuestión mediante la decisión de 30 de agosto de 2003. Esa decisión figura en un protocolo que, si obtuviera la firma de dos tercios de los miembros de la OMC para el 31 de diciembre de 2009, se convertiría en una enmienda oficial al Acuerdo sobre los ADPIC. De ahí la importancia de que sea firmada a la brevedad.

Los países han tenido dificultades para aplicar la decisión de 30 de agosto, puesto que entraña procedimientos administrativos complejos. Aunque algunos países potenciales exportadores modificaron su legislación nacional para incorporar la decisión de 30 de agosto, sus reglamentos han añadido otros requisitos administrativos que dificultan su aplicación<sup>886</sup>. El primer y único caso de exportación de conformidad con la decisión de 30 de agosto de un medicamento patentado se produjo en 2008, cinco años después de que se adoptara la decisión, y el destino de esa exportación fue Rwanda. El caso de Rwanda pone de relieve la necesidad de volver a considerar la decisión.

**5.2.3.4. Aplicación de importaciones paralelas y principio del agotamiento internacional.** Las importaciones paralelas son aquellas realizadas por operadores que no pertenecen a las redes de distribución exclusiva de los laboratorios.

Primeramente, en lo que respecta a lo que se entiende por importaciones paralelas, al principio de agotamiento y a sus diferentes tipos, nos remitimos en este ámbito a lo dispuesto previamente en el capítulo cuatro de nuestra tesis con ocasión del Acuerdo sobre los ADPIC.

De acuerdo con los autores Musungu y Oh<sup>887</sup>, su revisión legislativa a nivel mundial arrojó que prácticamente el mismo número de leyes en materia de patentes incorporaron disposiciones específicas autorizando la importación paralela que aquellas que no hicieron referencia alguna a las importaciones paralelas ni al principio de agotamiento.

---

<sup>886</sup> ELLIOT, Richard, “Pledges and pitfalls: Canada’s legislation on compulsory licensing of pharmaceuticals for export”, *International Journal of Intellectual Property Management*, vol. 1, n.º1/2, pp. 94-112, 2006, p. 94.

<sup>887</sup> MUSUNGU, Sisule y OH, Cecilia, Op. Cit., p. 28.

Según los autores ello puede deberse a que la base legal para las importaciones paralelas ha sido establecida históricamente por vía judicial.

**Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ex T.J.C.E.)<sup>888</sup>.** El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha mantenido reiterada jurisprudencia en el sentido de permitir las sobre la base del artículo 30 del Tratado de la Comunidad Europea. De acuerdo con Carmen Rodríguez, “tal vez, la única excepción a la regla general viene constituida por las medidas relativas a la protección de salud de las personas<sup>889</sup>”. Se considera que las importaciones paralelas producen una competencia entre los distintos operadores, lo cual provoca como resultado la caída de los precios de los medicamentos, así como un acceso más fácil a las especialidades farmacéuticas ya comercializadas. En este sentido, el Tribunal comunitario en otra resolución<sup>890</sup>, negó a los laboratorios la posibilidad de oponerse a la comercialización por parte de un tercero de sus productos, una vez que habían sido puestos en el mercado por su parte, así como la utilización del argumento sobre las diferencias de precios en los Estados miembros, dado que los laboratorios no tienen la posibilidad de fijarlos al ser impuestos por las distintas administraciones públicas nacionales.

#### **5.2.3.5. Prever excepciones a los derechos de los titulares de patentes.**

El artículo 30 del Acuerdo sobre los ADPIC permite a los Estados miembros prever excepciones limitadas de los derechos exclusivos conferidos por una patente, a condición de que tales excepciones no causen un perjuicio injustificado a los derechos del titular de la patente. Ello ofrece una gran flexibilidad para establecer excepciones que facilitan el acceso a los medicamentos.

**5.2.3.5.1. Excepciones con fines de investigación y experimentación.** En lo que respecta a la materia de nuestra tesis estas excepciones son de gran relevancia. Las

---

<sup>888</sup> Esté acápite se encuentra basado en RODRIGUEZ M., Carmen, Op. Cit., p. 178.

<sup>889</sup> Véase la sentencia recaída en “*The Queen v. The Medicines Control Agency, ex parte Smith & Nephew Pharmaceuticals Ltd and Primecrown Ltd v. The Medicine Control Agency* (1996): Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, de 12 de noviembre de 1996, Asunto C-201/94. Asimismo, véase McKEE, M., MOSSIALOS, E., y BELCHER, P., “The influence of European Law on national health policy”, *Journal of European Social Policy*, vol. 6, n.º 4, pp. 283-286, 1996.

<sup>890</sup> *Merck & Co. Inc. y otro c. Primecrown Ltd y otros y Beecham Group plc c. Europharm of Worthing Ltd* (1996): Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 5 de diciembre de 1996 (importaciones paralelas de medicamentos desde España), Asuntos acumulados C-267/95 y C-268/95.

excepciones con fines de investigación y experimentación se basan en el artículo 30. Estas excepciones pueden ser útiles para estimular a los investigadores y fabricantes a que promuevan medicamentos nuevos, en particular para las enfermedades “desatendidas” y “muy desatendidas” a que se hiciera mención al abordar las enfermedades infecciosas a nivel mundial en el capítulo segundo, párrafo 2.2.2 de nuestra tesis.

Por lo tanto, el desarrollo de medicamentos y vacunas para las enfermedades desatendidas y muy desatendidas constituye la base para el éxito de la lucha contra las enfermedades infecciosas a nivel mundial, y esta excepción debe ser utilizada en consonancia con aquél objetivo.

**Caso “Roche Products v. Bolar Pharmaceutical”<sup>891</sup>.** Clave para el posterior desarrollo e impulso de esta excepción la constituyó este caso ventilado en los Estados Unidos de Norteamérica. Bolar era una empresa manufacturera de medicamentos genéricos y Roche por su parte una compañía farmacéutica de productos patentados, entre cuyos productos sobre los que detentaba su titularidad se encontraba el Valium.

Antes de la expiración de la patente, la empresa Bolar usó el químico patentado en experimentos para determinar si su producto genérico era bioequivalente al Valium, para efectos de poder obtener la aprobación de la FDA (Food and Drug Administration) a su versión genérica del Valium. La empresa Bolar argumentaba que su uso del producto patentado no constituía una infracción a la ley de patentes por encontrarse bajo el amparo de la excepción para fines experimentales.

Al respecto, la Corte de Apelaciones del Circuito Federal rechazó la argumentación de Bolar señalando que la excepción por uso experimental no se aplicaba por cuanto Bolar pretendía vender su producto genérico en competencia con el Valium de Roche, una vez que expirara la patente, y por ende, el experimento de Bolar tenía interés comercial.

---

<sup>891</sup> “*Roche Products v. Bolar Pharmaceutical*”, 733 F.2d 858 (Fed. Cir. 1984).

Sin perjuicio de este revés judicial, el caso tuvo significativas consecuencias en tanto dio lugar posteriormente a la dictación de la famosa Hatch–Waxman Act<sup>892</sup> en EE.UU.

**5.2.3.5.2. Excepción “basada en el examen reglamentario”.**– El anterior caso dio el nombre para la posterior consagración de la cláusula “bolar” o la excepción “basada en el examen reglamentario”, que permite a los competidores importar, fabricar y utilizar un producto patentado para obtener la autorización reglamentaria ante la autoridad sanitaria respectiva, antes de que expiren las patentes, lo que facilita la entrada de medicamentos genéricos en el mercado una vez expiradas las patentes.

Esto además tiene mucho sentido, por cuanto de lo contrario el tiempo de duración de la patente sería en la práctica mucho mayor. En 2000, el Grupo Especial de Solución de Diferencias de la OMC confirmó que la aplicación de esa excepción por el Canadá estaba en conformidad con el artículo 30. Por tanto, en esta parte cabe remitirse al capítulo cuarto de nuestra tesis, específicamente el párrafo 4.2.1.4.1.1 denominado ““Examen reglamentario” o Cláusula “Bolar””, que analiza detenidamente el caso entre las Comunidades Europeas contra Canadá, D.S. N°114, de 1997<sup>893</sup>, sometido al órgano de solución de controversias de la OMC.

Aunque la excepción basada en el examen reglamentario se ha introducido en la legislación nacional sobre patentes de muchos países, no está tan generalizada como la excepción con fines de investigación o experimentación<sup>894</sup>.

De tal manera, sí deben generalizarse por los países ya tanto para hacer frente de mejor manera a las enfermedades “desatendidas” y “muy desatendidas” como por la necesidad de que al menos no se tenga en la práctica tiempos aún mayores de protección por medio de una patente, lo que acaece si se exige que las autorizaciones de

---

<sup>892</sup> Poco después de la resolución del caso judicial Roche v Bolar, el Congreso de los EE.UU. aprobó esta Ley que permite el uso de productos patentados en experimentos cuyo propósito consiste en obtener la aprobación de la FDA (section 271-e-1 de la “Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act”, conocida informalmente como la “Hatch-Waxman Act”), fijando su actual sistema de aprobación de medicamentos genéricos.

<sup>893</sup> Comunidades Europeas v/s Canadá (“Canadá – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos”)

<sup>894</sup> MUSUNGU, Sisule y OH, Cecilia, Op. Cit.



comercialización de productos genéricos tan solo comiencen a tramitarse ante autoridades sanitarias una vez vencida la protección de la patente.

**5.2.3.6. Establecimiento de procedimientos de oposición y revocación en ámbito sanitario.** Esto se refiere a la incorporación por vía legislativa de mecanismos que aseguren un examen más estricto de patentes solicitadas y concedidas. Como el Acuerdo sobre los ADPIC no menciona las cuestiones de procedimiento relacionadas con el examen de las patentes, permite que los Estados miembros establezcan mecanismos para someter las solicitudes de patente a exámenes muy rigurosos.

Un examen más estricto de las solicitudes de patente, por una parte, así como de las patentes ya concedidas, por la otra, debiera constituirse en un instrumento útil para limitar el impacto de las patentes sobre los medicamentos.

Tradicionalmente, el procedimiento de oposición se limitaba a los competidores y los gobiernos. Últimamente, se ha ampliado para incluir a otros interesados, como las organizaciones de la sociedad civil y las agrupaciones de pacientes. Esto es especialmente importante en aquellos casos en los que es posible que los fabricantes de genéricos no tengan interés en oponerse a una patente de un medicamento de interés general.

**5.2.3.6.1. Procedimientos de oposición previos a la concesión de patente.** A través de la consagración en su legislación nacional de procedimientos de oposición previa a la concesión de la patente, los países pueden permitir que cualquier persona se oponga a las solicitudes de patente antes de su concesión.

Ello permite a los interesados, con inclusión de las organizaciones de la sociedad civil y agrupaciones de pacientes, oponerse a la concesión de patentes.

**Ejemplo de Brasil y la Oficina Anvisa. Ley N°10196, de 2001.** El Brasil ha adoptado un mecanismo adicional para examinar más estrictamente la concesión de patentes en materia de productos farmacéuticos, que requiere el consentimiento previo de la Agencia Nacional de Vigilancia Sanitaria (ANVISA) antes de que la oficina de patentes

examine una solicitud relativa a un medicamento<sup>895</sup>. Esto es muy importante para el derecho humano propuesto en esta tesis, y debiera ser seguido por el resto de los países, especialmente aquellos en vías de desarrollo y menos adelantados, al tratar el medicamento como bien público diferente de otros tipos de productos sometidos al régimen de patentes.

**5.2.3.6.2. Procedimientos de oposición posteriores a la concesión y revocación.** A través de la consagración en su legislación nacional de procedimientos de oposición posteriores a la concesión de la patente y revocación, los países pueden permitir que cualquier persona se oponga a las solicitudes de patente después de su concesión y para la eventual revocación de la misma ya concedida.

**Ejemplos de India y Tailandia.** El procedimiento de oposición puede contribuir a que las solicitudes de patente y las patentes concedidas se sometan a un examen más riguroso, puesto que las oficinas de patentes suelen estar faltas de personal y desbordadas. La India y Tailandia permiten las oposiciones, que se han utilizado con éxito en relación con algunos medicamentos esenciales contra el VIH<sup>896</sup>.

#### **5.2.3.7. Medidas de fomento de la competencia.**

La legislación para combatir las prácticas anticompetitivas puede ser un instrumento importante para promover el acceso a los medicamentos. El artículo 31 del Acuerdo sobre los ADPIC, por ejemplo, permite la relajación de algunas restricciones, como la negociación previa con los titulares de patentes y el uso principalmente nacional, en relación con las licencias obligatorias, lo cual puede ser útil para corregir las prácticas anticompetitivas que incidan en el uso de medicamentos patentados.

Esencialmente de lo que se trata aquí, es que el Estado implemente las medidas necesarias para impedir y castigar los abusos de derechos de PI o antimonopólicas. El artículo 40 del Acuerdo sobre los ADPIC reconoce específicamente los efectos perjudiciales de las condiciones o las prácticas relativas a la concesión de las licencias de los derechos de propiedad intelectual. En consecuencia, permite que los Estados

---

<sup>895</sup> Brasil, Ley N°10196, de febrero de 2001.

<sup>896</sup> FORD, Nathan, *et al.*, “The role of civil society in protecting public health over commercial interests: lessons from Thailand”, *The Lancet*, vol. 363, n.º9408, pp. 560-563, febrero de 2004.

miembros especifiquen en su legislación las condiciones o prácticas relativas a la concesión de licencias que puedan constituir un abuso de los derechos de propiedad intelectual que tenga un efecto negativo sobre la competencia.

**Ejemplo de Sudáfrica.** El caso mencionado previamente de la Comisión de la Competencia de Sudáfrica que ha considerado que la práctica de una empresa farmacéutica de no conceder licencias a empresas de genéricos constituye un abuso de posición dominante<sup>897</sup>.

**Prácticas anticompetitivas reguladas en países desarrollados.** Asimismo, corresponde poner atención a los informes de las autoridades de la competencia de los países desarrollados en que se detallan las prácticas anticompetitivas en el sector farmacéutico, lo cual debiera ser de interés para los países en desarrollo y menos adelantados. Por ejemplo, proveniente de la Dirección General de Competencia de la Unión Europea (UE), *Pharmaceutical Sector Inquiry – Preliminary Report*, 28 de noviembre de 2008, ilustra bien estas materias.

### **5.3. Innovación y Desarrollo (I + D) basado en las necesidades sanitarias.**

La protección de la propiedad intelectual puede afectar la investigación médica y esto generar efectos en el acceso a medicamentos. Por ejemplo, la protección mediante una patente puede promover investigación médica al ayudar a la industria farmacéutica solventar los costos de probar, desarrollar y aprobar medicamentos. Esa es la idea fuerza detrás del actual régimen de propiedad intelectual.

Sin embargo, la motivación comercial de los derechos de propiedad intelectual alienta la investigación, principalmente, de las “enfermedades rentables”, aquellas capaces de generar una demanda y un mercado en condiciones económicas de adquirirlas, mientras que las enfermedades que afectan a las personas predominantemente en países pobres siguen siendo poco investigadas, sean estas categorizadas como enfermedades “desatendidas” o “muy desatendidas”, según se viera previamente en el capítulo segundo de nuestra tesis.

---

<sup>897</sup> Comunicado de prensa N°30, de 2003, de la Comisión de la Competencia de Sudáfrica.

Por tanto en esta parte de la tesis se introduce como el tercer elemento esencial para asegurar el derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas, la trascendental relevancia de que la innovación y desarrollo de medicamentos y vacunas en la lucha contra las enfermedades infecciosas se funde en las necesidades sanitarias y no basado en la rentabilidad o poca rentabilidad que pueda brindar el mercado.

### **5.3.1. Modelo de I + D actual basado en necesidades de mercado.**

El modelo actual de innovación y desarrollo que brinda la protección de propiedad intelectual y en concreto las patentes farmacéuticas, si bien funciona para aquellas enfermedades que tienen mercado atractivo para resultar rentables, y por tanto provocan interés en investigación y desarrollo para nuevos medicamentos y vacunas, también generan situaciones de desinterés y desatención respecto especialmente de aquellas enfermedades infecciosas de tipo II y tipo III –cuya clasificación repasamos en el capítulo 2 de esta tesis– generando por tanto:

- Lo que se denomina enfermedades “desatendidas” y “muy desatendidas” (5.3.1.2.) ya abordadas en el capítulo segundo de esta tesis;
- Lo que se denomina “medicamentos huérfanos” (5.3.1.3): Aquellos medicamentos, aparatos médicos, agentes biológicos y productos dietéticos que se usan para el tratamiento de enfermedades raras<sup>898</sup>.

Ambos fenómenos, las enfermedades “desatendidas” o “muy desatendidas”, por una parte, y los “medicamentos huérfanos”, por la otra, al no generar un mercado atractivo y rentable para generar aquella investigación y desarrollo, perpetúan la miseria y enfermedad para muchas personas alrededor del planeta.

#### **5.3.1.1. Enfermedades infecciosas rentables: caso del virus AH1N1.**

Tan pronto irrumpió el año 2009 el virus de influenza humana en México y su rápida propagación por todo el mundo, motivó que fuera declarada pandemia de acuerdo a los

---

<sup>898</sup> Congreso de EE.UU., Orphan Drug Act of 1983 (PL 97-414), Title 21, USC, Part 316.

estándares sanitarios de la OMS, desatándose una frenética carrera –incluida la industria farmacéutica– por obtener la vacuna antiinfluenza.

En efecto, bastó que Australia diera a conocer sus primeros ensayos clínicos en humanos de una vacuna contra la influenza A(H1N1) para que el resto de las naciones se movilizara con rapidez en la misma dirección. Luego, gobiernos, científicos y laboratorios de todo el mundo se pusieron como única meta la producción de una vacuna para combatir la pandemia. China rápidamente puso en marcha sus propios ensayos clínicos en más de 3 mil voluntarios; EE.UU. –el país más afectado por la gripe, con 263 muertes y 40.600 casos– anunció que buscaba voluntarios para iniciar pruebas clínicas de dos vacunas antes del comienzo del invierno en diciembre de 2009; e incluso el Presidente brasileño, Luiz Inácio Lula da Silva, anunció la producción de una vacuna para el invierno de 2010<sup>899</sup>.

**5.3.1.1.1. Esfuerzos mundiales para prueba de nueva vacuna.** Importantes esfuerzos a nivel mundial se desarrollaron con rapidez para la prueba de la nueva vacuna. España comenzó de inmediato los ensayos clínicos de la vacuna contra la gripe A en 400 niños, con edades comprendidas entre los seis y los 17 años, de acuerdo a los anuncios que en su momento realizó la Ministra de Salud, Trinidad Jiménez, previendo que el resultado de estos ensayos con la vacuna contra el virus H1N1 estuviera disponible dentro de seis meses<sup>900</sup>.

Chile fue escogido dentro de un grupo de 60 países y el único en Latinoamérica para probar una de las nuevas vacunas experimentales contra la influenza AH1N1, para ser administrada también en Holanda, Reino Unido, Alemania y Suecia. Se trataba de un ensayo clínico realizado por la Universidad Católica junto con el laboratorio suizo Novartis, una de las siete compañías farmacéuticas que ya para septiembre del año 2009 desarrollaban una vacuna contra el virus<sup>901</sup>.

---

<sup>899</sup> Diario *El Mercurio* de Santiago, 24 de julio de 2009, “La vacuna antiinfluenza A(H1N1) desata loca carrera por obtenerla”, artículo de Cristián González y Agencias, p. A15.

<sup>900</sup> Diario *La Tercera*, Santiago, 8 de septiembre de 2009, “España probará inmediatamente la vacuna contra gripe A en 400 niños”, página 35.

<sup>901</sup> Diario *La Tercera*, Santiago, 14 de septiembre de 2009, “Vacuna contra la gripe AH1N1 será probada en 180 niños y jóvenes”, artículo de Ana María Morales, p. 12.

La doctora Ximena Ahumada, directora médica de Novartis Chile, indicaba en esa misma época que “a nivel mundial se realizarán dos estudios clínicos en forma simultánea con la vacuna monovalente AH1N1 derivada de huevo: uno en adultos (mayores de 18 años) y otro en niños (de seis meses a 17 años). En el primero se incluirá un total de 600 sujetos y en el segundo, 720 niños”.

La subsecretaria de Salud Pública, Jeannete Vega, señalaba que la vacuna se va a probar en lactantes en forma gradual. “No van a ingresar niños menores de un año hasta que estén los resultados de los primeros 100 adultos vacunados”, dijo. Según la autoridad, es importante que Chile participe, porque se trata de “un bien público global”: “Hay una colaboración entre todos los países para testear las vacunas lo más rápido posible”.

**5.3.1.1.2. Beneficios económicos considerables.** El desarrollo de una vacuna puede generar un beneficio económico considerable. Un ejemplo: la farmacéutica británica GlaxoSmithKline ya en julio del 2009 contaba con 195 millones de pedidos de la vacuna en todo el mundo, con lo que podría ganar mil millones de libras (unos \$882 mil millones). Y en el caso del gigante farmacéutico suizo Roche: las ventas mundiales de Tamiflú, el medicamento usado contra el virus AH1N1, aumentaron 203% durante el primer semestre de 2009<sup>902</sup>.

En definitiva los intereses comerciales generaron mucha atención. Tanto que incluso llegaron a existir denuncias en contra de la propia OMS por haber declarado la pandemia y los beneficios que se podían generar en quienes vendían los productos.

Ello motivó que la OMS emitiera una declaración pública en donde indica que las decisiones normativas y la respuesta en relación con la pandemia de gripe recomendadas y adoptadas por la OMS no han estado sometidas a ninguna influencia indebida de la industria farmacéutica, previamente tratada en nuestra tesis en el capítulo segundo, párrafo 2.2.2.2, denominado “Las enfermedades infecciosas afectan a población mundial”.

---

<sup>902</sup> Diario *El Mercurio* de Santiago, 24 de julio de 2009, “La vacuna antiinfluenza A(H1N1) desata loca carrera por obtenerla”, artículo de Cristián González y Agencias, p. A15.

### **5.3.1.2. Las enfermedades “desatendidas” y “muy desatendidas”.**

En esta parte corresponde remitirse a lo expuesto previamente en nuestra tesis en el capítulo segundo a partir del párrafo 2.2.2 denominado “Las enfermedades infecciosas a nivel mundial”, en lo que atañe a las enfermedades de tipo II y tipo III y su correlación con la clasificación de enfermedades “desatendidas” y “muy desatendidas” y cuales enfermedades infecciosas se encuentran en cada una de las categorías.

El ex Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del nivel más alto posible de salud física y mental, Paul Hunt<sup>903</sup> enfatizó que las enfermedades desatendidas y las enfermedades muy desatendidas son cuestiones de derechos humanos. En particular, enfermedades muy desatendidas –aquellas que abrumadoramente o exclusivamente ocurren en países en desarrollo, tales como “la ceguera de los ríos” y “enfermedad del sueño”– que reciben poca investigación y desarrollo a nivel mundial y por su parte en los países ricos se le otorga comercialmente muy poca investigación y desarrollo.

La posibilidad de recuperar los costos en investigación y desarrollo al excluir la competencia del mercado a través del uso de los derechos de propiedad intelectual, implica asumir en primer lugar, que existe un mercado para nuevos medicamentos. El hecho que enfermedades muy desatendidas son sufridas abrumadoramente por personas pobres en países pobres subraya el hecho que existe poco o nulo potencial del mercado para medicamentos que luchan contra estas enfermedades simplemente porque quienes las sufren no pueden pagarlos.

La protección de la propiedad intelectual no provee incentivos para invertir en investigación y desarrollo en relación con las enfermedades desatendidas. Dado que la adopción del Acuerdo ADPIC ha colocado incentivos para la investigación médica directamente en la agenda del comercio, la pregunta del disfrute del derecho a la salud de personas sufriendo de enfermedades desatendidas ahora también se ha convertido en un tema del comercio.

---

<sup>903</sup> Entre otros ver siguientes documentos de las Naciones Unidas que contienen importantes referencias a las enfermedades desatendidas: A/63/263, de 2008, especialmente pp. 23–ss.; E/CN.4/2003/58, de 2003; y E/CN.4/2006/48/Add.2, de 2006 (Misión a Uganda).

**¿Qué son las enfermedades desatendidas?** No existe una definición estandarizada a nivel global para las enfermedades desatendidas. La OMS las describe como aquellas que afectan sobre todo a las personas que viven en la pobreza, especialmente en las zonas rurales de los países de ingresos bajos<sup>904</sup>. En ocasiones se denominan enfermedades tropicales o relacionadas con la pobreza e incluyen, por ejemplo, la leishmaniasis, la oncocercosis (ceguera de los ríos), la enfermedad de Chagas, la lepra, la esquistosomiasis (bilharziasis), la filiarisis linfática (elefantismo), la tripanosomiasis africana (enfermedad del sueño) y el dengue. Aunque en años recientes el VIH/SIDA, la tuberculosis y la malaria han recibido una atención y recursos crecientes, también pueden considerarse enfermedades desatendidas<sup>905</sup>.

Las enfermedades desatendidas varían de acuerdo a la carga de enfermedad que imponen, y de acuerdo a la disponibilidad y asequibilidad de tratamientos apropiados. En general caen en dos categorías<sup>906</sup>:

- (i) **enfermedades endémicas, crónicas y discapacitantes** para las cuales existen estrategias efectivas de tratamiento o prevención, tales como la lepra, filiarisis linfática y oncocercosis; y
- (ii) **la creciente epidemia de enfermedades mortales** para las cuales un tratamiento moderno efectivo no existe actualmente, o bien, no es seguro, tal como el buruli ulcer, la enfermedad de Chagas, la leishmaniasis y la tripanosomiasis africana.

**5.3.1.2.1. Demora en desarrollo de vacunas de enfermedades desatendidas.**– El VIH/SIDA, una epidemia mundial con efectos devastadores en muchos países con poblaciones vulnerables, ejemplifica la continua necesidad de avanzar en la investigación y el desarrollo, atendido el sufrimiento, morbilidad y mortalidad que provoca en importante número de habitantes en todo el planeta, y que pese a ello, aún no dispone de una vacuna efectiva y estable<sup>907</sup>:

---

<sup>904</sup> OMS, *Communicable Diseases 2002: Global Defence...*, Op. Cit., p. 96.

<sup>905</sup> Véase Documento de las Naciones Unidas A/63/263, Preámbulo del Anexo “Directrices sobre derechos humanos para las empresas farmacéuticas en relación con el acceso de medicamentos”, letra r.

<sup>906</sup> Documento E/CN.4/2006/48/Add.2, de 2006, párrafo 4.

<sup>907</sup> Documento de las Naciones Unidas A/RES/S-26/2, de 2001 (Declaración de compromiso en la lucha contra el VIH/SIDA), párrafos 70-74.



→ Aumentar las inversiones y acelerar la investigación para la elaboración de vacunas contra el VIH y, al mismo tiempo, fomentar la capacidad nacional de investigación, especialmente en los países en desarrollo, y particularmente de las cepas de virus prevalentes en las regiones muy afectadas; además, apoyar y fomentar un aumento de las inversiones nacionales e internacionales en investigación y desarrollo en el área del VIH/SIDA, incluidas la investigación biomédica, operacional, social, cultural y de la conducta, y en la medicina tradicional, con el objeto de: mejorar los métodos de prevención y terapéuticos; acelerar el acceso a la prevención, la atención y el tratamiento, y a las tecnologías de atención para el VIH/SIDA (incluidas las enfermedades de transmisión sexual). Y mejorar la comprensión de los factores que influyen en la epidemia y las medidas para hacerle frente mediante, entre otras cosas, más recursos y alianzas entre el sector público y el privado; establecer un entorno propicio para la investigación y cerciorarse de que ésta se ciña a los más altos principios éticos;

→ Apoyar y estimular, a nivel nacional e internacional, el establecimiento de infraestructura de investigación, capacidad de laboratorio, mejores sistemas de vigilancia, la recopilación, el procesamiento y la difusión de datos, y la formación de personal de investigación básica e investigación clínica, de especialistas en ciencias sociales, de personal de atención de la salud y de técnicos, asignando particular importancia a los países más afectados por el VIH/SIDA, en particular los países en desarrollo y aquellos en que la epidemia se esté propagando con rapidez o en que exista el riesgo de ello ocurra;

→ Establecer y evaluar métodos adecuados para vigilar la eficacia del tratamiento, la toxicidad, los efectos secundarios, la interacción entre los medicamentos y la resistencia a éstos; establecer metodologías para vigilar los efectos del tratamiento en la transmisión del VIH y en los comportamientos de riesgo;

→ Estrechar la cooperación internacional y regional, en particular la cooperación Norte-Sur, Sur-Sur y la cooperación triangular, en relación con la transferencia de tecnologías útiles, adecuadas al entorno de la prevención y la atención del VIH/SIDA, el intercambio de experiencias y mejores prácticas, investigadores y resultados de la

investigación, y fortalecer la función del ONUSIDA en ese proceso. En ese contexto, instar a que los resultados finales de la investigación y de las tecnologías conjuntas sean propiedad de todas las partes en la investigación, en función de la contribución pertinente y con sujeción a que se brinde protección jurídica a esos resultados; y afirmar que toda la investigación de esa índole debe estar libre de prejuicios;

Esta Declaración que data del año 2001, aún mantiene vigencia, sin perjuicio de lo cual es necesario reconocer la existencia de nuevos Fondos Globales y nuevos socios, fundamentalmente en relación con el VIH/SIDA, la tuberculosis y el paludismo, y que fueren mencionados previamente en nuestra tesis.

**5.3.1.2.2. Régimen de incentivos en propiedad intelectual no funciona ante mercados no viables económicamente.** El Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del nivel más alto posible de salud física y mental, al generar las “Directrices sobre derechos humanos para las empresas farmacéuticas en relación con el acceso a los medicamentos”<sup>908</sup>, trata entre los temas de análisis las enfermedades desatendidas.

Las Directrices N°s. 23–24–25 están referidas específicamente a las enfermedades desatendidas. La N°23 establece que: “La empresa debe comprometerse públicamente a contribuir a la investigación y desarrollo relacionadas con las enfermedades desatendidas. (...) En cualquier caso, debe dar a conocer públicamente cuánto contribuye a la investigación y el desarrollo sobre enfermedades desatendidas e invierte en ese ámbito”. Por su parte la N°25 señala que: “La empresa debe colaborar de manera constructiva en iniciativas importantes, internacionales y de otra índole que busquen enfoque nuevos, sostenibles y eficaces para acelerar y mejorar la investigación y el desarrollo en el ámbito de las enfermedades desatendidas”.

Más relevante que las propias directrices resulta el comentario que realiza el Relator Especial en este ámbito<sup>909</sup>: “Al proporcionar un incentivo a las empresas farmacéuticas para que inviertan en investigación y desarrollo, el régimen de propiedad intelectual

---

<sup>908</sup> Véase el Anexo “Directrices sobre derechos humanos para las empresas farmacéuticas en relación con el acceso a los medicamentos”, del documento de las Naciones Unidas A/63/263, de 2008, pp. 17-ss.

<sup>909</sup> Documento de las Naciones Unidas A/63/263, de 2008, p.23.

realiza una contribución importante al descubrimiento de medicamentos nuevos que sirvan para salvar vidas y reducir el sufrimiento. No obstante, en los casos en que no existe un mercado viable económicamente, el incentivo es insuficiente y el régimen no genera innovaciones significativas. Por ello, hace falta un enfoque distinto a fin de hacer frente al reto que plantean las enfermedades desatendidas o relacionadas con la pobreza para el derecho a la salud, cuya importancia es vital. Las enfermedades desatendidas...aquejan principalmente a los más pobres de los países más pobres. Los datos indican que la investigación y el desarrollo no se han orientado a atender necesidades prioritarias clave de los países de ingresos bajos y medianos en materia de salud. Más concretamente, en la investigación y el desarrollo se ha prestado una atención insuficiente a las enfermedades desatendidas. (...) El derecho al nivel de salud más alto posible no sólo requiere que los medicamentos existentes sean accesibles, sino también que los medicamentos nuevos que sean muy necesarios se produzcan lo antes posible. Las enfermedades desatendidas exigen una atención especial porque tienden a aquejar a los más desfavorecidos (...)"

#### **5.3.1.3. Los medicamentos “huérfanos”.**

De acuerdo con Carmen Rodríguez, la problemática que plantean estos productos – medicamentos, aparatos médicos, agentes biológicos y productos dietéticos– proviene de su propia prescripción, puesto que son utilizados para curar enfermedades tan poco frecuentes que a los laboratorios farmacéuticos no les compensa el costo del desarrollo, producción y comercialización, ya que no pueden amortizar dichos gastos con las ventas del producto<sup>910</sup>.

En lo que respecta a la Unión Europea, Carmen Rodríguez indica que la experiencia acumulada hasta comienzos de la década de los `80, indicaba que la I + D de las drogas o medicamentos huérfanos no podía abandonarse a las leyes del libre mercado<sup>911</sup>, y de ahí la unanimidad en que las administraciones públicas debían asumir la responsabilidad de promoción en este campo.

---

<sup>910</sup> RODRIGUEZ M., Carmen, Op. Cit., p. 179.

<sup>911</sup> CAMPOS Castelló, Jaime, “Medicamentos huérfanos y enfermedades huérfanas”, *Revista de Neurología*, 2001, n.º 33, pp. 216-220.

Así, se elaboró el Reglamento (CE) N° 141/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1999<sup>912</sup>, que tiene por objeto establecer un procedimiento comunitario para declarar determinados medicamentos como medicamentos huérfanos, y establecer incentivos para fomentar la investigación, el desarrollo y la comercialización de los mismos, especialmente mediante la concesión de un derecho de exclusividad comercial de una duración de diez años.

**5.3.1.3.1. Caso judicial en Argentina de vacuna “huérfana”: “Viceconti, Mariela Cecilia contra Estado Nacional”<sup>913</sup>.** Aquí se plantea –de mucho interés para nuestra tesis– la violación por parte del Estado argentino del derecho a la salud y, concretamente, de la obligación de prevención y tratamiento de las enfermedades epidémicas y endémicas, y la lucha contra ellas, contenida en el artículo 12.2 c) del PIDESC. La presentación es una acción de amparo ante la Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, iniciada por una afectada que habita la zona de incidencia de la enfermedad, a través de la que se intentaba obligar al Estado a fabricar una vacuna contra la enfermedad denominada “Fiebre Hemorrágica Argentina” o “Mal de los Rastrojos”. La acción requiere al Estado que ejecute la totalidad de las medidas necesarias para completar la unidad de producción de la vacuna Candid 1 en el Instituto Nacional de Enfermedades Virales Humanas, asegurando su inmediato suministro a la totalidad de los pobladores del área endémica.

**Población vulnerable.** Como lo indican los autores Abramovich y Courtis<sup>914</sup>, la población en riesgo de contraer esta enfermedad, dentro del área endémica que abarca la pampa húmeda de la Argentina, es de alrededor de 3.500.000 habitantes. Dado que el diagnóstico rápido de la enfermedad es difícil y ésta afecta a población que no tiene fácil acceso a servicios de medicina preventiva, la medida sanitaria más efectiva para combatirla es el suministro de la vacuna Candid 1, cuya efectividad está en el orden del 95% y ha sido avalada por la OMS. Se trata, sin embargo de una vacuna denominada “huérfana”, pues su producción no resulta rentable para los laboratorios.

---

<sup>912</sup> DO L 18, de 22.1.2000.

<sup>913</sup> Argentina, “Viceconti, Mariela Cecilia c/ Estado Nacional – Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986”, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, N°31.777/96.

<sup>914</sup> Este caso se encuentra comentado y analizado en detalle en: ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, Op. Cit., pp. 146-154.

**Vacuna huérfana, falta de rentabilidad.** Según Constan Abromovich y Curtis, el Estado argentino ordenó la producción de 200.000 para el programa experimental en el Instituto Salk de los Estados Unidos, de las cuales 140.000 fueron aplicadas entre 1991–1995 a los pobladores de la zona endémica con más alta exposición al riesgo de contraer la enfermedad. Sin embargo, el Estado se vio impedido de emprender campañas de vacunación masiva en atención a la escasez de las dosis restantes. Por lo demás, el Instituto Salk había anunciado que no produciría más dosis de la vacuna por no resultar rentable. En consecuencia, la administración de la vacuna se hizo crecientemente selectiva, y la incidencia de la enfermedad comenzó a aumentar, hasta que en 1996 volvieron a producirse muertes debidas a la dolencia en cuestión.

Es preciso hacer notar que la enfermedad es exclusiva de la Argentina, que no estaba previsto producir la vacuna en el extranjero y que, debido al número de personas que deben ser vacunadas, su producción no resulta atractiva desde el punto de vista comercial. Atendido ello, en definitiva la disponibilidad de la vacuna Candid 1 para la población del área endémica estaba sujeta a los avances del proyecto de producción de la vacuna en los laboratorios del Instituto Nacional de Enfermedades Virales Humanas Dr. Julio Maiztegui, de la ciudad de Pergamino, por parte del Estado Argentino. Las obras necesarias para producir la vacuna en el mencionado Instituto estaban demoradas por desidia del Estado y por razones presupuestarias.

**Fallos Judiciales.** La sentencia de primera instancia rechazó el amparo y se interpuso Apelación ante la Sala IV de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal, argumentando que el Estado había reconocido la eficacia de la vacuna Candid 1 en documentos públicos que emanaban del propio Ministerio de Salud y que, por lo demás, la aprobación de una partida presupuestaria para fabricar la vacuna, y el anuncio de la finalización del laboratorio en el Instituto Maiztegui, eran actos propios que implícitamente reconocían la eficacia del fármaco, e impedían abrir un debate sobre el tema.

El tribunal opinó que “cuando en un caso determinado no está previsto –por razones de conveniencia económica o interés comercial– que las personas o instituciones privadas

atiendan la salud de la población, no cabe sino concluir que incumbe al Estado, en calidad de garante, brindar los recursos necesarios para hacer frente a la enfermedad, de manera eficaz y oportuna”.

Resulta de interés reproducir la parte resolutoria de la sentencia, a fin de tener en vista el posible alcance del mandato judicial ante el incumplimiento de las obligaciones en materia de derechos económicos, sociales y culturales por parte de los poderes políticos del Estado: “Por todo lo expuesto, corresponde hacer lugar, en parte, a la acción de amparo impetrada y, en consecuencia, ordenar:

a) al Estado Nacional –Ministerio de Salud y Acción Social– que cumpla estrictamente y sin demoras con el cronograma cuya copia se encuentra agregada a fs. 359, responsabilizando en forma personal a los Ministros de Salud y Acción Social y de Economía y Obras y Servicios Públicos –en sus respectivas áreas de competencia–, obligando asimismo, a los organismos a su cargo al cumplimiento de los plazos legales y reglamentarios;

b) poner esta sentencia en conocimiento del Sr. Presidente de la Nación y del Jefe de Gabinete de Ministros, mediante oficio de estilo;

c) encomendar al Sr. Defensor del Pueblo de la Nación el seguimiento y control del cumplimiento del referido cronograma, sin que obste a ello el derecho que le asiste a la actora en tal sentido; y

d) sin perjuicio de lo precedentemente dispuesto, la demandada deberá, dentro del plazo de diez (10) días de quedar notificada de la presente, informar al tribunal acerca del cumplimiento del cronograma referido en el punto a)”.

De tal modo, aún cuando la discusión sobre el deber del Estado de fabricar la vacuna se encontraba sumamente acotada en el caso por las circunstancias reseñadas –esto es: ser una vacuna huérfana, no rentable para los laboratorios extranjeros, no existir dosis suficientes para cubrir a los potenciales afectados, constituir la vacuna el único medio eficaz para proteger a la población en riesgo de sufrir la enfermedad ante la dificultad

del diagnóstico y el tratamiento—, el tribunal deja aclarado que la facultad del titular del derecho social de exigir la prestación existe cuando el Estado hubiera organizado el servicio.

Según Abramovich y Courtis “este ejemplo muestra claramente que la exigibilidad de derechos sociales es un proceso en vías de construcción que requiere la visualización del carácter jurídico de las obligaciones del Estado en la materia”.

### **5.3.2. I + D. Dificultades y desafíos.**

De acuerdo con el Informe de la Comisión sobre Macroeconomía y Salud, de la OMS<sup>915</sup>, y en línea con lo señalado más recientemente por el Relator Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del nivel más alto posible de salud física y mental, se ha constatado que, pese a las perspectivas científicas de grandes avances en nuevos fármacos, vacunas y medios de diagnóstico, la industria privada realiza actualmente un esfuerzo de I+D muy escaso para varias enfermedades importantes de los pobres. Estas esferas desatendidas comprenden la malaria, la tuberculosis, la filariasis linfática, la oncocercosis, la leishmaniasis, la esquistosomiasis, la tripanosomiasis africana y la enfermedad de Chagas<sup>916</sup>.

**5.3.2.1. Desequilibrio 90/10 o más.** Hace más de una década que se reconoció y se viene documentando un desequilibrio entre los países pobres (enfermedades de tipo II y especialmente de tipo III) y los países ricos en materia de investigación científica. En 1990, un informe muy leído de la Comisión de Investigaciones Sanitarias para el Desarrollo señaló lo que se denominó el desequilibrio 90/10, a saber, que los problemas de salud del 90% de la población del mundo sólo recibían el 10% del gasto en I+D.

---

<sup>915</sup> COMISION SOBRE MACROECONOMIA Y SALUD, Op. Cit., pp. 86-87.

<sup>916</sup> En este caso resulta útil distinguir entre las enfermedades que afectan tanto a los países de altos ingresos como a los de bajos ingresos y las que afectan muy mayoritariamente a estos últimos. Por lo general, las enfermedades de la primera categoría son objeto de una I+D a gran escala en los propios países ricos. A menudo, los países de bajos ingresos pueden “subirse al carro” de los avances tecnológicos desarrollados por el mercado de altos ingresos, siempre que estén en situación de costear el despliegue de las nuevas tecnologías cuando surgen. Son ejemplos de enfermedades que afectan a los países ricos y pobres el sarampión, las infecciones neumocócicas y la hepatitis B. Entre las que afectan a los pobres podemos citar la malaria y otras parasitosis tropicales. La segunda categoría de enfermedades es la más desatendida, ya que no ofrece ni a los gobiernos de los países ricos ni a los laboratorios farmacéuticos, orientados a obtener beneficios, incentivos para invertir en la necesaria I+D.

Es interesante el hecho de que el informe original cuantificara en realidad el desequilibrio en 95/5, una proporción probablemente más realista<sup>917</sup>. Este informe condujo a la creación en 1996 del Global Forum for Health Research, que sigue documentando la profunda insuficiencia del esfuerzo investigador orientado a las enfermedades de los pobres<sup>918</sup>.

Sólo el 10% del financiamiento mundial para investigación y desarrollo se dirige a enfermedades que afectan el 90% de la población mundial. De los 1.393 nuevos medicamentos aprobados entre 1975 y 1999, solamente el 1% (16 medicamentos) fueron para enfermedades tropicales y tuberculosis<sup>919, 920</sup>.

**5.3.2.2. Investigación y desarrollo para atender necesidades de salud de poblaciones vulnerables.** Entre los aspectos identificados como prioritarios se cuentan las vacunas contra el paludismo, contra la tuberculosis y contra el VIH/SIDA; los microbicidas para el SIDA; los nuevos plaguicidas para combatir las enfermedades de transmisión vectorial, y los tratamientos antipalúdicos combinados, necesarios para retrasar la aparición de farmacorresistencias a estos medicamentos<sup>921</sup>. Las enfermedades

---

<sup>917</sup> Una proporción 90/10 indicaría que se destinan hasta US\$ 6000 millones anuales a las enfermedades de los pobres, pero sumando las cantidades que sabemos se asignan a la malaria, la tuberculosis, otras enfermedades tropicales y otras dolencias que matan en los países pobres, parece improbable que el total mundial se acerque a esta suma. La estimación de la Commission on Health Research for Development era que, en 1986, US\$ 1600 millones de los US\$ 30.000 millones gastados en I+D en el mundo se destinaban a problemas del mundo en desarrollo. Según los resultados de un estudio similar llevado a cabo el año 1995 en la Universidad de Harvard, en 1992, de los US\$ 56.000 millones dedicados en todo el mundo a la investigación en materia de salud se destinaron US\$ 2.000 millones a los problemas del mundo en desarrollo. Véase Global Forum for Health Research 1999, pp. 46 y 69, para información general y detalles.

<sup>918</sup> COMISION SOBRE MACROECONOMIA Y SALUD, Op. Cit., p. 87.

<sup>919</sup> TROUILLER, Patrice, *et al.*, “Drug development for neglected diseases: a deficient market and a public-health policy failure”, *The Lancet*, vol. 359, n.º 9324, pp. 2188-2194, junio 2002, p. 2189.

<sup>920</sup> Para dar un ejemplo concreto del contexto de Uganda, sólo un medicamento para la enfermedad del sueño fue desarrollado hace menos de 40 años (“eflornithine”), y el tratamiento de primera línea para casos de segunda fase es una droga tóxica (“melarsoprol”) que ha estado en uso desde 1949 (LEGROS, Dominique, *et al.*, “Treatment of human African trypanosomiasis – present situation and needs for research and development”, *The Lancet Infectious Diseases*, Julio 2002, vol. 2, n.º 7, p. 437). Más aún, estudios en el distrito de Arua concluyen que 15% de los pacientes no están respondiendo a “eflornithine”, así como hay un 30% de resistencia a “melarsoprol”. Por tanto, mientras los requerimientos específicos varían, hay una urgente necesidad por mayor investigación y desarrollo en relación a enfermedades desatendidas.

<sup>921</sup> Un estudio reciente de la Mesa Redonda OMS-IFPMA (Federación Internacional de la Industria del Medicamento) analizó la cuestión de las prioridades en materia de I+D para enfermedades prevalentes en los países pobres. Según este estudio, las esferas prioritarias para el aumento de la I+D son el paludismo,



muy desatendidas son la filariasis linfática, la leishmaniasis, la esquistosomiasis, la tripanosomiasis y la enfermedad de Chagas<sup>922</sup>.

El derecho a la salud comprende la obligación de comprometerse en investigación y desarrollo para atender las necesidades de salud de toda la población, incluido los grupos desaventajados. En todos los países hay un largo número de apremiantes requerimientos —en competencia— de investigación y desarrollo. Respecto del establecimiento de prioridades de investigación y desarrollo que respete el derecho a la salud, un punto esencial lo constituye que el proceso de priorización debe tomar en cuenta las necesidades de salud de aquellos viviendo en la pobreza, como también de otros grupos desaventajados. El registro demuestra que esto acaece en contadas ocasiones.

**5.3.2.3. Nuevos marcos regulatorios de propiedad intelectual para enfermedades desatendidas.** No se debe permitir que los regímenes de propiedad intelectual restrinjan el acceso a medicinas esenciales. Nuevos marcos regulatorios de propiedad intelectual para enfermedades desatendidas y medicinas esenciales deben ser explorados<sup>923</sup>. Los frutos de la investigación y el desarrollo en relación a las enfermedades desatendidas debe traducirse en medicamentos, vacunas y diagnósticos específicos que sean accesibles para las poblaciones afligidas.

Además, teniendo en cuenta el mundo global en que vivimos, las epidemias y pandemias se propagarán con fulminante rapidez como lo presenciamos en el caso del virus AH1N1, de existir poblaciones, áreas y zonas afectadas por las enfermedades infecciosas, de manera que la única manera de enfrentarlas adecuadamente es mejorando las condiciones de vida de los más vulnerables.

---

la tuberculosis, la filariasis linfática, la oncocercosis, la leishmaniasis, la esquistosomiasis, la tripanosomiasis africana, la enfermedad de Chagas, las diarreas inespecíficas, y las infestaciones por nematodos IG. El paludismo y la tuberculosis tienen objetivos susceptibles de tratamiento científico para los cuales está justificado aumentar considerablemente la I+D. En el caso de la tripanosomiasis africana, la enfermedad de Chagas y la leishmaniasis, los tratamientos actuales son difíciles de administrar, tienen importantes efectos secundarios y están perdiendo eficacia debido a las resistencias adquiridas.

<sup>922</sup> COMISION SOBRE MACROECONOMIA Y SALUD, Op. Cit., pp. 87-88.

<sup>923</sup> Documento de las Naciones Unidas E/CN.4/2006/48/Add.2, de 2006, párrafo 83.

## 6. CONCLUSIONES FINALES.

A continuación se pasan a enumerar las siguientes conclusiones que emanan de esta tesis doctoral denominada “El derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas”:

1. Las epidemias constituyen emergencias internacionales de salud pública que no se detienen ante las fronteras de los Estados y su propagación se ve impulsada con la mayor conectividad mundial y el creciente tráfico internacional de viajeros, equipajes, cargas, contenedores, medios de transporte y mercancías. La prevención y control de las enfermedades infecciosas exigen esfuerzos de carácter mundial, en un mundo cada vez más interdependiente, respecto del cual la comunidad internacional tiene un interés común, que se grafica con el concepto o slogan “Un Mundo, Una Salud”.

El síndrome respiratorio agudo severo (SRAS) aparecido en China el año 2003, los sucesivos brotes de gripe aviar y la reciente pandemia del virus de influenza AH1N1, que han irrumpido sólo en lo que va del siglo XXI, lo ilustran claramente, al propagarse con gran rapidez y graves efectos sanitarios, comerciales y otros, con independencia del nivel de desarrollo económico del país afectado.

Por su parte, continúan causando estragos desde el siglo pasado las denominadas enfermedades “desatendidas”, que incluyen al VIH/SIDA, la tuberculosis y el paludismo e incluso otras denominadas “muy desatendidas”, como la filariasis linfática, la leishmaniasis, la esquistosomiasis, la tripanosomiasis y la enfermedad de Chagas, las cuales afectan de manera especialmente grave a las poblaciones más vulnerables.

2. Especialmente valiosa para nuestra tesis resulta la tipología de enfermedades distinguidas por la Comisión sobre Macroeconomía y Salud (CMS), de la OMS, que las clasifica en función de los países y poblaciones principalmente afectadas, y del nivel de incentivo que existen para la investigación y desarrollo (I + D) de

nuevos productos sanitarios para combatirla y su posterior introducción en los diferentes mercados mundiales clave para el acceso a los medicamentos esenciales. La clasificación ilustra que la investigación y desarrollo (I+D) disminuye con relación a la carga de morbilidad al pasar de las enfermedades del tipo I a las de tipo III, lo cual en la actualidad constituye un sólido hallazgo empírico.

Las de tipo I afectan tanto a los países ricos como a los países pobres, con una amplia población vulnerable en unos y otros, siendo desarrolladas en los últimos años muchas vacunas para enfermedades de tipo I, pero no se han introducido ampliamente en los países pobres debido a su costo. Las de tipo II afectan tanto a los países ricos como a los países pobres, con la salvedad que una proporción importante de los casos se localizan en éstos últimos. Existen incentivos para la I+D en los mercados de los países ricos, pero el nivel de gasto en I+D a escala mundial no se corresponde con la carga de morbilidad. Por ello, a menudo se denominan “desatendidas”. Las de tipo III son las que afectan de manera muy predominante o exclusiva a los países en desarrollo siendo objeto de una escasísima I+D que, en su vertiente comercial, es casi nula en los países ricos. Por ello a menudo se denominan “muy desatendidas”.

Esta clasificación luego desarrollada por la Comisión de Derechos de Propiedad Intelectual, Innovación y Salud Pública, de la OMS, en su Informe del año 2006, es utilizada por la Asamblea Mundial de Salud como elemento esencial de la formulación de su “Estrategia mundial y plan de acción sobre la salud pública, innovación y propiedad intelectual”, adoptada el año 2008.

3. La trascendencia y necesidad que la “Estrategia mundial y plan de acción sobre la salud pública, innovación y propiedad intelectual”, adoptada por la Asamblea Mundial de la Salud, órgano de la OMS, cuente con la voluntad de la comunidad internacional para dotarla en definitiva de mecanismos de carácter obligatorio – como los recientes casos del Reglamento Sanitario Internacional o la Convención sobre el Tabaco en el ámbito de salud–, que consigan estimular la innovación y desarrollo (I + D) en función de las prioridades de salud pública y no en función de la demanda basada en las necesidades del mercado.

Así, podrían existir posibilidades de avances en concreto para establecer fuentes de financiación y coordinación de las actividades de investigación y desarrollo, así como fuentes nuevas e innovadoras de financiación para estimular dichas actividades por lo que respecta a las enfermedades de tipo II y de tipo III y a las necesidades específicas de los países en desarrollo en materia de investigación y desarrollo en relación con las enfermedades de tipo I.

4. Un paso decidido a favor de la colaboración internacional en la lucha contra las enfermedades infecciosas, ha quedado manifestado con el nuevo Reglamento Sanitario Internacional (2005), que entró en vigencia el 15 de junio de 2007. Constituye el instrumento neurálgico de la lucha contra la propagación internacional de enfermedades, que tiene por finalidad y alcance prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una respuesta de salud pública proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública y evitando al mismo tiempo las interferencias innecesarias con el tráfico y el comercio internacionales.

El RSI es un instrumento jurídico internacional de carácter vinculante para 194 países, entre ellos todos los Estados Miembros de la OMS, adoptado en virtud de la autoridad que detenta la Asamblea Mundial de la Salud de la OMS para adoptar reglamentos referentes a los requisitos sanitarios y de cuarentena y otros procedimientos destinados a prevenir la propagación internacional de enfermedades, en virtud del Artículo 21 letra a) de la Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

La revisión 2005 del RSI constituía una prioridad sanitaria a nivel internacional, precisamente por la irrupción de nuevas y peligrosas enfermedades infecciosas, en circunstancias que el RSI previo al adoptado el 2005 ayudaba a vigilar y controlar sólo tres enfermedades graves (fiebre amarilla, peste y cólera). El nuevo RSI amplía el alcance de los eventos a ser reportados para incluir todas las emergencias de salud pública de importancia internacional y establecer los criterios específicos para que un evento sea definido como una emergencia de salud pública de importancia

internacional; e incluye las capacidades básicas para la vigilancia y respuesta requeridas en los países, para asegurar que el sistema sea lo suficientemente sensible para detectar eventos de salud pública nuevos o reemergentes.

5. Después de más de 30 años, sigue plenamente vigente la Declaración de Alma-Ata, de 1978, sobre la Atención Primaria de Salud (APS), que consagra que la APS es la asistencia sanitaria esencial basada en métodos y tecnologías prácticos, científicamente fundados y socialmente aceptables, puesta al alcance de todos los individuos y familias de la comunidad, mediante su plena participación, y a un coste que la comunidad y el país puedan soportar, en todas y cada una de las etapas de su desarrollo, con un espíritu de autoconfianza y autodeterminación.

De tal manera, forma parte integrante, tanto del sistema nacional de salud, del que constituye la función central y el núcleo principal, como del desarrollo económico y social global de la comunidad. Es el primer nivel de contacto de los individuos, la familia y la comunidad con el sistema nacional de salud, llevando la atención sanitaria lo más cerca posible al lugar donde viven y trabajan las personas, y constituye el primer elemento de un proceso continuado de asistencia sanitaria. Así, se dirige a los principales problemas de salud de la comunidad, y, de acuerdo con esto, provee servicios de promoción, prevención, tratamiento y rehabilitación.

La relevancia de la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas queda de manifiesto con las obligaciones básicas que les cabe asumir a los Estados en este ámbito, que formula el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, encargado de la vigilancia de la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), en su Observación General (O.G.) N°14, de 2000, sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del PIDESC). Para ello, el Comité, se basa precisamente en la Declaración de Alma-Ata, de 1978, para determinar las obligaciones básicas dimanantes del artículo 12 del PIDESC, relativo al derecho al más alto nivel posible de salud.

6. Cuatro (4) de los ocho (8) Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) contenidos en la Declaración del Milenio guardan directa relación con la salud y con nuestro tema de tesis.

El Objetivo 6 consiste precisamente en “combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades” y las otras tres requieren de significativos avances en la lucha contra las enfermedades infecciosas: “reducir la mortalidad infantil” (objetivo 4); “mejorar la salud materna” (objetivo 5); y garantizar la sostenibilidad del medio ambiente (objetivo 7). Asimismo, 8 de las 16 metas y 17 de los 48 indicadores de los objetivos de desarrollo del Milenio son de carácter sanitario.

Sin perjuicio de lo anterior, los ODM, que representan una alianza entre los países desarrollados y los países en desarrollo destinado a crear en los planos nacional y mundial un entorno propicio al desarrollo y a la eliminación de la pobreza, contempla deficientes mecanismos de rendición de cuentas que permitan determinar qué políticas e instituciones de salud están dando buenos resultados y cuáles no, y por qué, con el objeto de mejorar la realización del derecho a la salud para todos.

7. Al igual que la Declaración de Alma-Ata, los postulados de la Carta de Ottawa para la promoción de la salud, de 1986, mantienen plena vigencia y también cumple un papel decisivo para configurar lo que hoy en día constituyen las preocupaciones y objetivos de la atención primaria de salud. Sus postulados contribuyen en el desarrollo de uno de los elementos esenciales del derecho humano objeto de la tesis –la necesidad de actuar sobre los factores determinantes de la salud– al abordar en la Carta la importancia decisiva que revisten para alcanzar un potencial de salud pleno los requisitos previos que determinan la salud, de manera que cualquier mejora ha de basarse necesariamente en algunos prerrequisitos: la paz, la educación, la vivienda, la alimentación, la renta, un ecosistema estable, la justicia social y la equidad.

Esta concepción tiene un notable desarrollo actual –fundamental en la lucha contra las enfermedades infecciosas–, recogida por el Comité de Derechos Económicos,

Sociales y Culturales, del PIDESC, en su O.G. N°14, del año 2000, al referirse a los “principales factores determinantes de la salud”, para interpretar el derecho a la salud definido en el apartado 1 del artículo 12 del PIDESC como un derecho inclusivo que no sólo abarca la atención de salud oportuna y apropiada, y al mismo tiempo, realzar la importancia decisiva de los factores sociales determinantes de la buena salud al abordar en específico la prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas contempladas en el apartado c del párrafo 2 del artículo 12 del PIDESC.

Más aún, su relevancia continúa quedando de relieve al ser creada por la OMS el año 2005 la Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud que dicta su Informe Final el año 2008, cuya principal conclusión se refiere a que para cumplir muchos objetivos vinculados a enfermedades concretas, entre ellos los Objetivos de Desarrollo del Milenio relacionados con la salud, y para controlar y eliminar epidemias que ponen en peligro a poblaciones enteras, resulta indispensable actuar sobre los determinantes sociales.

8. El derecho a la salud tiene, hoy en día, densidad normativa y constituye en la actualidad el derecho social de mayor exigibilidad o justiciabilidad ante los tribunales de justicia.

El derecho a la salud fue adoptado en 1946, en la Constitución de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y dos años después, la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) estableció los pilares de la estructura legal internacional del derecho a la salud, que luego ha sido codificado en numerosos tratados internacionales y regionales de derechos humanos de carácter vinculante, que como ha quedado de manifiesto en la tesis, empiezan a generar casos y jurisprudencia que iluminan el contenido del derecho a la salud.

En la actualidad, más de 100 (cien) países han incorporado el derecho a la salud en su constitución nacional. Según ha constatado el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de

salud física y mental, ya en el año 2002, en más de 60 disposiciones constitucionales figuraba el derecho a la salud o el derecho a la atención sanitaria, mientras que en más de 40 disposiciones constitucionales se hacía referencia a derechos conexos, como el derecho a la atención de la salud reproductiva, el derecho de los discapacitados a la asistencia material y el derecho a un medio ambiente saludable. Ello, unido, a numerosas leyes y decisiones a nivel regional y nacional que han ido confirmando la justiciabilidad o exigibilidad del derecho a la salud.

9. La exigibilidad del derecho a la salud por vía judicial puede ser de tipo indirecto, es decir, aprovechando las mayores oportunidades de justiciabilidad que brindan otros derechos a través de los mecanismos de tutela contemplados específicamente a su respecto, logrando el amparo del derecho a la salud de esa manera.

A este respecto, cabe destacar la conexión entre el derecho a la vida y el derecho a la salud. En un estudio conducido por el Departamento de Políticas y Estándares en Medicamentos (PSM), de la Organización Mundial de la Salud, publicado el año 2006, se identificaron y analizaron setenta y un (71) juicios concluidos ante los Tribunales de Justicia –en un total de doce (12) países de ingresos medios y bajos–, en los cuales el acceso a medicamentos esenciales era demandado en relación con el derecho a la salud.

En definitiva, dicho estudio concluyó que en el 80% de los juicios, es decir, en 55 de los 71 casos identificados y analizados, el derecho a la salud se encontraba vinculado con el derecho a la vida. No está de más señalar que, de los 55 juicios, en 49 de ellos las demandas tuvieron éxito y solamente en 6 no tuvieron éxito, lo que demuestra con claridad la relevancia de la conexión entre ambos derechos fundamentales.

10. La exigibilidad judicial del derecho a la salud puede ser de forma directa, cuando la conducta exigible en materia de este derecho social resulta claramente determinable y permite que el derecho a la salud sea directamente exigible por vía judicial.



Como se manifiesta en la tesis doctoral, la exigibilidad directa del derecho a la salud va en incremento. Más aún, en diversas jurisdicciones constitucionales disposiciones sobre el derecho a la salud han generado significativa jurisprudencia.

11. La indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos y en especial la estrecha vinculación del derecho a la salud con otros derechos humanos queda graficado durante el desarrollo de la tesis doctoral y es especialmente relevante en la configuración y goce del derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

Así, por una parte, su vinculación estrecha con los derechos humanos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, se grafica extensamente a contar del párrafo 4.2.2 y se puede distinguir claramente al analizar sus mecanismos no contenciosos y de denuncia de particulares, respectivamente, de gran desarrollo en ambas Convenciones, donde se constata los derechos afectados en cada caso y el grupo vulnerable especialmente afectado.

Del mismo modo, su estrecha imbricación e interdependencia con otros derechos sociales se grafica a partir del propio artículo 25.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y luego se constata al analizar el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (párrafo 4.1.3), en que además de analizar el artículo 12, se analizan otros artículos relevantes para la tesis, entre ellos, el artículo 2 párrafo 1, el artículo 2 párrafo 2, el artículo 9 y el artículo 15 numeral 1 letra c por su relación con el artículo 15 numeral 1 letra b, y especialmente al tratar el componente esencial relativo a la necesidad de actuar sobre los factores determinantes de la salud (párrafo 5.1).

12. El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ratificado por más de 150 países, contiene algunas de las disposiciones jurídicas internacionales más importantes para el establecimiento de los derechos económicos, sociales y culturales, incluidos los derechos relativos al trabajo en condiciones justas y favorables, a la protección social, a un nivel de vida adecuado,

a los niveles de salud física y mental más altos posibles, a la educación y al goce de los beneficios de la libertad cultural y el progreso científico.

El PIDESC provee el artículo más comprensivo sobre el derecho a la salud del derecho internacional de los derechos humanos. De acuerdo con el artículo 12.1 del PIDESC, los Estados Partes reconocen “el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”, mientras que el artículo 12.2 enumera a manera ilustrativa, algunas “medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho”, casi todas ellas vinculadas directa o indirectamente con la prevención y control de las enfermedades infecciosas.

Cuando entre en vigencia el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, será factible tener jurisprudencia respecto de presuntas vulneraciones de su artículo 12 relativo al derecho al más alto nivel posible de salud física y mental.

13. A través de la revisión de tratados y acuerdos internacionales relativos a contextos específicos (párrafo 4.2), por una parte, así como de otros relativos a grupos vulnerables a las enfermedades infecciosas (párrafo 4.3), por la otra, desarrollados en profundidad en el capítulo cuarto de la tesis doctoral, se generan las bases que sustentan el derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas, que permiten ir configurando sus componentes esenciales.
14. Son tres los contextos específicos que, a juicio de esta tesis doctoral, se consideran más determinantes y decisivos por las dificultades y amenazas que plantean a la lucha contra las enfermedades infecciosas. El de los mercados globalizados (párrafo 4.2.1), por la interrelación crucial entre los intereses sanitarios y los intereses comerciales, en el marco del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), que entró en vigor con el establecimiento de la Organización Mundial del Comercio en 1995. En él, se establecen normas mundiales mínimas sobre los principales derechos de propiedad

intelectual y normas para su aplicación, luego de fuertes presiones de parte de los países desarrollados.

Otro contexto es el denominado de la administración de justicia (4.2.2) en que a través de la revisión de los mecanismos no contenciosos y de denuncia de particulares contemplados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo por una parte, y en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, por la otra, permiten observar los comentarios y recomendaciones efectuados por el Comité de Derechos Humanos y del Comité contra la Tortura, respectivamente, en relación a los Informes de los Estados Partes, así como la jurisprudencia que emana de estos órganos con ocasión de las denuncias de particulares en contra de los Estados por incumplimiento de alguna disposición.

Y el último contexto es el relativo al conflicto armado (párrafo 4.2.3), ámbito en el cual desde la década del 90 del siglo pasado, se han registrado significativos avances en el derecho internacional, a través del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y el Tribunal Penal Internacional para Ruanda, que han dado lugar a un desarrollo jurisprudencial relevante en el último tiempo, de gran trascendencia futura, que deberá ser continuado por la Corte Penal Internacional, ya de carácter permanente.

15. El Acuerdo sobre los ADPIC es vinculante para todos los Estados miembros de la OMC y se puede exigir su cumplimiento en el marco del procedimiento de solución de diferencias de la Organización Mundial del Comercio, so pena de sanciones, lo cual ha generado una jurisprudencia que es importante tener en cuenta.

Habiendo revisado los conflictos que se han dado hasta la fecha producto de reclamos por contravenciones al Acuerdo sobre los ADPIC en materia de patentes farmacéuticas –muchas de ellas entre países desarrollados y en desarrollo–, los principales conflictos que su aplicación ha generado ante esta instancia las hemos agrupado en las siguientes materias, todas de relevancia para nuestra tesis: i) relativo al “Examen reglamentario” o Cláusula “Bolar”; ii) la aplicación de

disposiciones transitorias del Acuerdo sobre los ADPIC contempladas para países en desarrollo; iii) la prórroga de duración de patentes para medicamentos; iv) la concesión de licencias obligatorias o su uso por el Gobierno; y v) la confiscación de medicamentos genéricos.

Mientras las decisiones de organizaciones como la OMC son de carácter obligatorio para sus miembros, las resoluciones y directivas de la OMS son, por ahora recomendaciones, con excepciones como el Reglamento Sanitario Internacional o la Convención sobre el Tabaco.

16. La realización progresiva del derecho a la salud, así como las obligaciones inmediatas que genera, imponen condiciones razonables a las políticas y reglas de comercio que sean seleccionadas, siendo precisamente diseñadas estas condiciones para asegurar que las políticas y reglas de comercio seleccionadas efectivamente generen resultados positivos en el derecho a la salud para todos.

Algunos pasos en esa dirección en materia de derechos de propiedad intelectual y sus efectos en la salud pública y en el acceso a los medicamentos esenciales, lo empiezan a constituir la Declaración relativa al Acuerdo sobre los ADPIC y la Salud Pública y las Decisiones del Consejo General de la OMC de 2003 (párrafo 4.2.1.3.2.3) y 2005 (párrafo 4.2.1.3.2.4). La Declaración recalca la necesidad de que este Acuerdo de la OMC forme parte de la acción nacional e internacional más amplia encaminada a hacer frente a los problemas de salud pública que afligen a muchos países en desarrollo y menos adelantados, especialmente los resultantes del VIH/SIDA, la tuberculosis, el paludismo y otras epidemias, al tiempo que se reconoce asimismo las preocupaciones con respecto a sus efectos sobre los precios.

En definitiva, la Decisión de 6 de diciembre de 2005 formula un nuevo artículo 31 bis del Acuerdo sobre los ADPIC dirigido a otorgar claridad fundamentalmente a los países menos adelantados y a los países en desarrollo de que están autorizados para importar medicamentos genéricos más baratos fabricados al amparo de licencias obligatorias, cuando no son capaces –o tienen escasa capacidad– de fabricarlos por sí mismos. Este nuevo artículo se transformará en enmienda

permanente del Acuerdo sobre los ADPIC tan pronto 2/3 de los miembros de la OMC lo hayan aceptado, y cuando ello ocurra, constituirá la primera vez que un acuerdo fundamental de la OMC sea enmendado.

17. En el contexto específico denominado administración de justicia, se ha podido constatar en extenso la relevancia de los mecanismos no contenciosos y de denuncia de particulares desarrollados respectivamente por el Comité de Derechos Humanos y del Comité contra la Tortura, concretamente respecto de su incidencia en la protección de la salud y el acceso a la atención médica y servicios sanitarios, por parte de grupos y poblaciones especialmente vulnerables a la propagación de enfermedades infecciosas, a través del resguardo de los derechos “de primera generación” consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

Así, se ha podido observar la importancia que para la lucha contra las enfermedades infecciosas guarda el respeto a los derechos consagrados en ambos instrumentos internacionales, tales como el derecho a la vida, la prohibición de tortura y trato cruel, inhumano o degradante, la igualdad y no discriminación, las condiciones de detención, la administración de justicia y juicios justos, entre otros, siendo especialmente afectados a su respecto las personas privadas de libertad, los refugiados y solicitantes de asilo, las minorías/grupos raciales, étnicos, lingüísticos, religiosos y basados en la descendencia, mujeres, niños, desplazados internos, etc.

Especialmente importante para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha resultado la evolución y desarrollo que ha experimentado el mecanismo de denuncia de particulares contemplado en el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 22 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, que ha dado lugar a importante jurisprudencia sobre la aplicación del Pacto y la Convención respectivamente, relevante en la lucha contra las enfermedades infecciosas y el acceso a la atención de salud.

18. En el contexto específico relativo al conflicto armado la población vulnerable constituye una parte significativa de los habitantes, donde el control y prevención de las enfermedades infecciosas tiene mayor debilidad y, por el contrario, su propagación es mucho mayor, estando muy comprometido el derecho a la salud. Son especialmente vulnerables en este contexto los refugiados –aquellos que traspasan las fronteras de un Estado nacional- y los desplazados internos –aquellos que no traspasan las fronteras del Estado-, siendo estos últimos, en los conflictos actuales, un número cada vez mayor.

La jurisprudencia emanada del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia y del Tribunal Penal Internacional para Ruanda, con importantes fallos dictados recientemente, se encuentra llamada a trascender y a influir en la jurisprudencia de la Corte Penal Internacional, siendo especialmente importante para nuestra tesis como base para el derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas.

La rica jurisprudencia emanada de ambos tribunales se complementa muy bien, en cuanto el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia genera significativa jurisprudencia en aplicación de normativa relativa a conflictos armados de carácter internacional, incluidas las violaciones de las leyes o prácticas de guerra, y la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda genera significativa jurisprudencia en aplicación de normativa relativa a conflictos armados de carácter interno, al incorporar entre las materias de su competencia las violaciones del Protocolo Adicional II, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional.

19. Entre la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia de mayor interés para nuestra tesis figura la que da aplicación a las siguientes figuras de crímenes: “Causar deliberadamente gran sufrimiento o lesiones graves al cuerpo o a la salud”; “la destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por necesidad militar y ejecutadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente”; “destrucción a gran escala de ciudades, pueblos y villas, o devastación no justificada por necesidad militar”; “sometimiento intencional del grupo a condiciones de vida que

dé lugar a su destrucción física, total o parcial”; y el crimen de persecución (s) por violaciones a los derechos políticos, sociales, económicos, incluyendo el derecho al empleo, el derecho a la libertad de circulación, el derecho al debido proceso legal y el derecho al cuidado médico.

Entre la jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para Ruanda de mayor interés para nuestra tesis figura la que da aplicación a las siguientes figuras de crímenes: “Sometimiento intencionado del grupo a condiciones de existencia que conlleven su destrucción física total o parcial”; y la ampliamente desarrollada “Persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos”;

Especialmente relevante resulta que ambos Tribunales al aplicar la figura de genocidio incluyen actos tales como la denegación del derecho a servicios médicos o atención médica, así como también ambos Tribunales al aplicar la figura de persecución como crimen contra la humanidad, incluyen en su jurisprudencia entre los actos subyacentes de persecución la denegación de atención médica, constituyendo un derecho fundamental para efecto de tipificar el crimen de persecuciones. Esto es de especial relevancia respecto de los desplazados internos, grupo especialmente vulnerable desde el punto de vista de su protección, al no contar con un estatuto de protección ni una oficina internacional con mandato para actuar en su resguardo como el que se dispone para los refugiados.

20. El derecho a la salud se encuentra consagrado en diversos instrumentos internacionales relativos a grupos vulnerables específicos, que constituyen grupos de la población que se encuentran especialmente propensos a las enfermedades infecciosas y con dificultades para acceder a medicamentos, vacunas, atención médica y servicios de salud, entre ellos, minorías raciales, étnicas, lingüísticas, religiosas y de grupos y castas basadas en descendencia; los indígenas, solicitantes de asilo, la mujer, los niños/as, la persona rural, los trabajadores migratorios y sus familiares, extranjeros, los discapacitados, y los refugiados.

El desarrollo de los mecanismos no contenciosos de examen de informes de los Estados Partes y las recomendaciones y comentarios que a su respecto ejercen los

órganos encargados de su supervisión, son importantes para ir delimitando e ilustrando las obligaciones que tienen asignadas los Estados Partes respecto de cada uno de estos grupos vulnerables en el ámbito de interés de nuestra tesis. Ello ocurre actualmente en el caso de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de 1979; la Convención de los Derechos del Niño, de 1989; la Convención Internacional sobre la Protección de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 1990; y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 2006.

Por su parte, contemplan mecanismos de denuncias de particulares en contra de los respectivos Estados partes, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, el Protocolo Facultativo de la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, la Convención Internacional sobre la Protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares y el Protocolo Opcional a la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Los dos primeros ya han generado jurisprudencia de interés para nuestra tesis (“Sra. L.R. y otros v/s República Eslovaca” y “Sra. A. S. v/s Hungría”), y se augura un desarrollo cada vez mayor de este instrumento de denuncia de particulares.

21. El derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas constituye un derecho humano de carácter básico y elemental, indispensable para acceder al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y necesario para el goce de los demás derechos fundamentales.

La necesidad del Estado de actuar sobre los factores determinantes de la salud (capítulo 5.1), de garantizar el acceso de todos sus habitantes a la atención de salud (capítulo 5.2), y el establecimiento de un modelo de innovación y desarrollo (I + D) basadas en las necesidades sanitarias de la población (capítulo 5.3), en especial de los grupos más vulnerables, que permita la producción de nuevos medicamentos y vacunas, conforman sus componentes esenciales.



22. Uno de los componentes esenciales básicos que configuran el derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas, se encuentra constituido por la obligación del Estado de actuar sobre los factores determinantes de la salud. Ello, por cuanto la promoción y prevención de la salud es requisito para que las personas puedan efectivamente disfrutar del derecho a la salud, que va mucho más allá de la sola atención médica, es un derecho inclusivo y se encuentra estrechamente vinculado y conexo con otros derechos fundamentales, entre ellos, por supuesto también, otros derechos sociales.

Por una parte la actuación del Estado debe abordar eficazmente los factores subyacentes determinantes o básicos de la salud (5.1.1) compuesto por al menos, el acceso a agua potable y a un saneamiento adecuado; el acceso a una vivienda digna; el suministro suficiente de alimentos sanos y nutrición adecuada; condiciones sanas en el entorno ambiental; y el acceso a la educación e información sobre las cuestiones relacionadas con la salud.

Asimismo, la actuación del Estado también requiere actuar sobre los factores sociales determinantes de la salud (5.1.2) compuesto por la no discriminación y la igualdad en calidad de principios rectores fundamentales para el adecuado ejercicio de los derechos sociales y, en especial, del derecho a la salud; la lucha contra la pobreza y la exclusión social, de modo de satisfacer la existencia de condiciones básicas o condiciones de existencia dignas para los grupos vulnerables; y el acceso al goce de prestaciones básicas.

23. El segundo componente esencial básico del derecho humano propuesto en esta tesis es el acceso a la atención de salud, compuesto por el acceso a los establecimientos de salud y la atención médica (5.2.1) y el acceso a medicamentos esenciales (5.2.2).

El acceso a los establecimientos de salud y la atención médica comprende a nivel de atención primaria de salud, las siguientes obligaciones básicas relativas a las enfermedades infecciosas: adoptar medidas para prevenir, tratar y combatir las enfermedades epidémicas y endémicas; proporcionar inmunización contra las principales enfermedades infecciosas que tienen lugar en la comunidad; garantizar

el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud; velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud; y adoptar y aplicar, sobre la base de las pruebas epidemiológicas, una estrategia y un plan de acción nacionales de salud pública para hacer frente a las preocupaciones en materia de salud de toda la población, que deberá prestar especial atención a todos los grupos vulnerables o marginados.

El acceso a los medicamentos esenciales implica que los medicamentos han de ser accesibles en todo el país; han de ser económicamente asequibles para todos, incluidas las personas que viven en la pobreza; han de ser accesibles sin discriminación por ninguno de los motivos prohibidos; y los pacientes y los profesionales de la salud deben tener acceso a información fidedigna sobre los medicamentos para poder adoptar decisiones con conocimiento de causa.

24. Para poder gozar del derecho humano a la atención primaria de salud en la lucha contra las enfermedades infecciosas, es imprescindible para un adecuado acceso a la atención de salud, que los Estados, especialmente los países en desarrollo y países menos adelantados, mientras sean miembros de la Organización Mundial del Comercio, no renuncien a la aplicación de las flexibilidades ADPIC.

Por tanto, los países en desarrollo y menos adelantados, deben desarrollar y incluir en su legislación nacional la flexibilidad para: i) utilizar plenamente los períodos de transición; ii) definir los criterios de patentabilidad; iii) conceder licencias obligatorias y prever el uso por el gobierno; iv) adoptar el principio del agotamiento internacional, a fin de facilitar las importaciones paralelas; v) establecer excepciones limitadas de los derechos de patente; vi) permitir procedimientos de oposición y revocación;

25. El tercer componente esencial básico del derecho humano propuesto en esta tesis lo constituye la innovación y desarrollo (I + D) de medicamentos y vacunas basado en las necesidades sanitarias y no basado en la rentabilidad o poca rentabilidad que pueda brindar el mercado.

En la raíz del problema se encuentra la desigualdad de la investigación entre las enfermedades de los países en desarrollo y menos adelantados –enfermedades del tipo II y sobre todo del tipo III– y de los países desarrollados, dando lugar a lo que llegó a conocerse como el desequilibrio 10/90: sólo un 10% de los gastos de la investigación y desarrollo se dirige a los problemas de la salud de un 90% de la población mundial.

26. El modelo actual de innovación y desarrollo que brinda la protección de propiedad intelectual y en concreto las patentes farmacéuticas, si bien funciona para aquellas enfermedades que tienen mercado atractivo para resultar rentables, y por tanto provocan interés en investigación y desarrollo para nuevos medicamentos y vacunas, también generan situaciones de desinterés y desatención respecto especialmente de aquellas enfermedades infecciosas de tipo II y tipo III.

En definitiva, se genera lo que se denomina enfermedades “desatendidas” y “muy desatendidas” (5.3.1.2.) y lo que se denomina “medicamentos huérfanos” (5.3.1.3) que son utilizados para curar enfermedades tan poco frecuentes que a los laboratorios farmacéuticos no les compensa el costo del desarrollo, producción y comercialización, ya que no pueden amortizar dichos gastos con las ventas del producto.

Ambos fenómenos, las enfermedades “desatendidas” o “muy desatendidas”, por una parte, y los “medicamentos huérfanos”, por la otra, al no generar un mercado atractivo y rentable para generar aquella investigación y desarrollo, perpetúan la miseria y enfermedad para muchas personas alrededor del planeta.

27. Teniendo en cuenta el mundo global en que vivimos, las epidemias y pandemias se propagarán con fulminante rapidez como lo presenciamos en el caso del virus AH1N1, de existir poblaciones, áreas y zonas afectadas por las enfermedades infecciosas, de manera que la única manera de enfrentarlas adecuadamente es mejorando las condiciones de vida de los más vulnerables.

## BIBLIOGRAFIA

### I. LIBROS Y CAPITULOS DE LIBROS

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS, Christian, *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

–, *La Institucionalización de la Justicia*, Granada, Editorial Comares, 2010.

ALLARD, R., ARCOS, P., PEREIRA, J., CASTRO, R., “Salud pública y emergencias humanitarias complejas”. En: LEAL H., R. (Ed.), *Globalización, Identidad y Justicia Social*, Santiago de Chile, Editorial ARCIS, 2005, pp. 77-96.

ALSTON, P., “Establishing a right to petition under the Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”. En: ACADEMY OF EUROPEAN LAW, *Collected Courses of the Academy of European Law: The Protection of Human Rights in Europe*, Florencia, Instituto Universitario Europeo, 1993, vol. IV, tomo 2, pp. 107-152.

BENADAVA, Santiago, *Derecho Internacional Público*, 8ª edición, Santiago, Lexis Nexis, 2005.

BEN-DAVID, Dan, NORDSTROM, Hakan, WINTERS, Alan, *Trade, Income Disparity and Poverty*, Ginebra, WTO, 2000 (WTO Special Studies, n.º5).

BENEDICTO XVI, *Caritas in veritate*, Chile, Ediciones UC, 2009.

CASTELLS, Manuel y NARCÍS, Serra (Eds.), *Guerra y paz en el siglo XXI*, Barcelona, Kriterion Tusquets Editores, 2003.

CEA, José Luis, *Derecho Constitucional Chileno*, 2ª edición actualizada, Santiago, Ediciones UC, 2002.

CENTRO POR LA JUSTICIA Y EL DERECHO INTERNACIONAL (CEJIL), *Los Derechos Humanos en el Sistema Interamericano*, 3ª edición, San José, Gossesstra Intl. S.A., 2001.

CICHON, Micheal y HAGEMER, Krzysztoff, “*Social security for All: Investing in global, social and economic development. A consultation*”, *Issues in Social Protection Series, Discussion Paper 16*, Ginebra, Departamento de Seguridad Social de la OIT, 2006.

CORBELLA, Josep, *Manual de Derecho Sanitario*, Barcelona, Atelier, 2006.

COMISION DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL, INNOVACIÓN Y SALUD PUBLICA, *Salud pública, innovación y derechos de propiedad intelectual*, Ginebra, OMS, 2006.

COMISION SOBRE DETERMINANTES SOCIALES DE LA SALUD, *Subsanar las desigualdades en una generación: alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud*, Ginebra, OMS, 2008.

COMISION SOBRE MACROECONOMIA Y SALUD, *Macroeconomía y salud: Invertir en salud en pro del desarrollo económico*, Ginebra, OMS, 2002.

COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, *Folleto informativo N°16 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Rev. 1)*, Ginebra, Naciones Unidas, 2001.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL, *Folleto informativo N°12 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*, Ginebra, Naciones Unidas, 2001.

CORREA, C. M., “Abuso de derechos de patentes y efectos sobre la salud pública”. En: SEUBA H., X. (coordinador), *Salud Pública y Patentes Farmacéuticas, Cuestiones de Economía, Política y Derecho*, Barcelona, Librería Bosch, S.L., 2008, pp. 70-97.

DE CABO, A. y PISARELLO, G., “Prólogo”, En: FERRAJOLI, L., *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, pp. 9-17.

DEERE, Carolyn, *The Implementation Game: The TRIPS Agreement and the Global Politics of Intellectual Property Reform in Developing Countries*, Oxford University Press, 2008.

ESTADO MAYOR DEL EJÉRCITO, *Orientaciones. El Derecho de los Conflictos Armados Tomo I*, Madrid, Servicio Geográfico del Ejército, 1996.

–, *Orientaciones. El Derecho de los Conflictos Armados Tomo II*, Madrid, Servicio Geográfico del Ejército, 1996.

–, *Orientaciones. El Derecho de los Conflictos Armados Tomo III*, Madrid, Servicio Geográfico del Ejército, 1996.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías. La ley del más débil*, Madrid, Editorial Trotta, 1999.

–, “Derechos fundamentales”, En: FERRAJOLI, L., *et al.*, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Editorial Trotta, 2001, pp. 19-56.

GARCIA, Aniza, *La Justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC)*, Madrid, Universidad Complutense-Facultad de Derecho, 2003.

–, *El derecho humano al agua*, Madrid, Editorial Trotta, 2008.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Derecho Administrativo I*, 14ª edición, Navarra, Thomson Civitas, 2008.

GREEN, Andrew, *An Introduction to Health Planning for Developing Health Systems*, Oxford University Press, 2007.

GUERRERO ZAPLANA, José, *Las reclamaciones por la defectuosa asistencia sanitaria*, quinta edición, Valladolid, Editorial Lex Nova, 2006.

HABERLE, Peter, *Teoría de la Constitución como ciencia de la cultura*, Madrid Editorial Tecnos, 2000.

HUMAN RIGHTS WATCH, *Genocide, War Crimes and Crimes Against Humanity, A Digest of the Case Law of the International Tribunal for Rwanda*, Estados Unidos de América, 2010.

–, *Genocidio, Crímenes de Guerra y Crímenes de Lesa Humanidad: compendio temático sobre jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia*, primera edición electrónica, Traducción: Laura Martín del Campo Steta, México, Universidad Iberoamericana, 2010.

JERONIMO, Estefanía y MARTIN, María Angeles, *Los derechos fundamentales en las relaciones sanitarias*, España, Grupo Editorial Universitario, 2002.

KALDOR, Mary, *Las nuevas guerras*, Barcelona, Kriterion Tusquets Editores, 2001.

KAUL, Inge, GRUNBERG, Isabelle, STERN, Marc A., *Global public goods*, Nueva York, Oxford University Press, 1999.

KISS, A., “Concept and Possible Implications of the Right to Environment”. En: MAHONEY, K. y MAHONEY, P. (Eds.), *Human Rights in the Twenty first Century: A Global Challenge*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, pp. 551-560.

KNOBLER, Stacey, MAHMOUD, Adel, LEMON, Stanley, PRAY, Lesley (Eds.), *The impact of globalization on infectious disease emergence and control: exploring the consequences and opportunities. Workshop summary – Forum on Microbial Threats*, Washington D.C., The National Academic Press, 2006.

LECKIE, S., “The Right to Housing”. En: EIDE, A., KRAUSE, C., y ROSAS, A. (Eds.), *Economic, social and cultural rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1995, pp. 107-123.

LONGLEY, Diane, *Health Care Constitutions*, Great Britain, Cavendish Publishing Limited, 1996.

MEDICOS SIN FRONTERAS, “*Untangling the Web of ARV Price Reductions*”, 11ª edición, Ginebra, Médicos Sin Fronteras, 2008.

MUSUNGU, Sisule y OH, Cecilia, *The use of flexibilities in TRIPS by developing countries: can they promote access to medicines?*, WHO, 2006 (CIPHI Studies).

NOGUEIRA A., Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales, Tomo 3 Derechos sociales fundamentales*, Santiago, Librotecnia, 2009.

–, *El derecho procesal constitucional y la jurisdicción constitucional en Latinoamérica y sus evoluciones*, Santiago, Librotecnia, 2009.

OMS/UNICEF/BANCO MUNDIAL, *Vacunas e inmunización: situación mundial*, 3ª edición, Ginebra, OMS, 2010.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DEL COMERCIO, *Entender la OMC*, 5ª edición, Ginebra, OMC, 2010.

ORGANIZACION MUNDIAL DEL COMERCIO/ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Los Acuerdos de la OMC y la Salud Pública. Un estudio conjunto de la OMS y la Secretaría de la OMC*, Ginebra, OMC/OMS, 2002.

ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD, *Health and the Millenium Development Goals*, Ginebra, WHO, 2005.

–, *Everybody’s Business: Strengthening Health Systems to improve Health Outcomes*, Ginebra, OMS, 2007.

–, *Reglamento Sanitario Internacional (2005)*, Segunda Edición, Ginebra, OMS, 2008.



–, *Derechos Humanos, salud y estrategias de reducción de la pobreza*, Ginebra, OMS, 2008 (Serie de publicaciones sobre salud y derechos humanos, n.º 5).

RODRIGUEZ M., Carmen, *Salud Pública y Asistencia Sanitaria en la Unión Europea una Unión más cercana al ciudadano*, Editorial Comares, Granada, 2008.

ROVIRA, J., “Innovación y acceso a los medicamentos: ¿Necesitamos un compromiso entre objetivos o un cambio de paradigma?”. En: SEUBA H., X. (coordinador), *Salud Pública y Patentes Farmacéuticas, Cuestiones de Economía, Política y Derecho*, Barcelona, Librería Bosch, S.L., 2008, pp. 43-70.

SALTMAN, Richard, RICO, Ana, BOERMA, Wienke (Eds.), *Primary care in the driver's SEAT: organizational return in European primary care*. England, Open University Press, 2006 (Serie del Observatorio Europeo sobre los sistemas y las políticas de salud).

SCHMITZ V., Christian, *Propiedad Intelectual a la luz de los Tratados de Libre Comercio*, Santiago, LexisNexis, 2005.

SILVA B., Alejandro, *Tratado de Derecho Constitucional, Tomo XII, de los Derechos y Deberes Constitucionales*, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008.

SKOGLY, Sigrun, *Beyond National Borders: States' Human Rights Obligations in International Cooperation*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2006.

TAY SWEE K., Catherine, *Infectious Diseases Law & Sars*, Singapore, Times Editions, 2003.

T'HOEN, Ellen, *The Global Politics of Pharmaceutical Monopoly Power: Drug patents, Access, Innovation and the Application of the WTO Doha Declaration on TRIPS and Public Health*, Diemen, AMB Publishers, 2009.

VELASQUEZ, G., “Acceso a medicamentos en perspectiva global: retos, respuestas y derechos”. En: SEUBA H., X. (coordinador), *Salud Pública y Patentes Farmacéuticas, Cuestiones de Economía, Política y Derecho*, Barcelona, Librería Bosch, S.L., 2008, pp. 17-40.

VELASQUEZ, Germán y BOULET, Pascale, *Mondialisation et accès aux médicaments. Perspectives sur l'accord ADPIC de l'OMC*, Ginebra, OMS, 1999.

VILLAN DURAN, Carlos, *Curso de Derecho internacional de los derechos humanos*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

SEUBA H., Xavier (coordinador), *Salud Pública y Patentes Farmacéuticas, Cuestiones de Economía, Política y Derecho*, Barcelona, Librería Bosch, S.L., 2008.

## **II. ARTICULOS DE REVISTAS**

ABBOTT, F.M. y REICHMAN, J.H., “The Doha Round’s public health legacy: strategies for the production and diffusion of patented medicines under the amended TRIPS provisions”, *Journal of International Economic Law*, vol. 10, n.º 4, pp. 921-987, 2007.

ALLARD, Raúl, *et al.*, “Salud pública y conflictos bélicos: las emergencias humanitarias complejas”, *Revista de Administración Sanitaria Siglo XXI*, vol. 1, n.º 1, pp. 29-45, enero-marzo 2003.

BENATAR, Solomon R., “An examination of ethical aspects of migration and recruitment of health care professionals from developing countries”, *Clinical Ethics*, vol. 2, n.º 1, pp. 2-6, 2007.

BENATAR, S.R, GILL, S., BAKKER, I., “Making progress in global health: the need for new paradigms”, *International Affairs*, vol. 85, n.º 2, pp. 347-371, marzo 2009.

CAMERON, Alexandra, *et al.*, “Medicine prices, availability, and affordability in 36 developing and middle-income countries: a secondary analysis”, *The Lancet*, vol. 373, n.º 9659, pp. 240-249, enero 2009.

CAMPOS Castelló, Jaime, “Medicamentos huérfanos y enfermedades huérfanas”, *Revista de Neurología*, n.º 33, pp. 216-220, 2001.

CHANDA, Rupa, “Trade in health services”, *Bulletin of the World Health Organization*, vol. 80, n.º 2, pp. 158-163, 2002.

ELLIOT, Richard, “Pledges and pitfalls: Canada’s legislation on compulsory licensing of pharmaceuticals for export”, *International Journal of Intellectual Property Management*, vol. 1, n.º 1/2, pp. 94-112, 2006.

FIGUEROA García-Huidobro, Rodolfo, “Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Discusión teórica”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 36, n.º 3, pp. 587-620, 2009.

FORD, Nathan, *et al.*, “The role of civil society in protecting public health over commercial interests: lessons from Thailand”, *The Lancet*, vol. 363, n.º 9408, pp. 560-563, febrero 2004.

HOGERZEIL, Hans, *et al.*, “Is Access to essential medicines as part of the fulfillment of the right to health enforceable through the courts?”. *The Lancet*, vol. 368, n.º 9532, pp. 305-311, julio 2006.

INTERAGENCY TASK FORCE ON MICROBIAL RESISTANCE, “Public health action plan to combat antimicrobial resistance”, *Pan American Journal of Public Health*, vol. 9, n.º2, pp. 123-127, 2001.

JORDAN Díaz, Tomás, “La Tutela Indirecta de los Derechos Sociales en la Jurisprudencia Constitucional Española”, *Revista de Derecho Nomos*, Universidad de Viña del Mar, vol. n.º1, pp. 121-154, primer semestre 2008.

KAMENI, Enga, “Implications of Indian Intellectual Property Law on sub-Saharan African countries”, *The Botswana Review of Ethics, Law & HIV/AIDS*, vol. 2, n.º1, pp. 57-70, 2008.

LAING, Richard, *et al.*, “25 years of the WHO essential medicines list: progress and challenges”, *The Lancet*, vol. 361, n.º 9370, pp. 1723-1729, 2003.

LEGROS, Dominique, *et al.*, “Treatment of human African trypanosomiasis – present situation and needs for research and development”, *The Lancet Infectious Diseases*, vol. 2, n.º 7, pp. 437-440, Julio 2002.

MCKEE, M., MOSSIALOS, E., BELCHER, P., “The influence of European Law on national health policy”, *Journal of European Social Policy*, vol. 6, n.º 4, pp. 283-286, 1996.

MINGUEZ Gonzalo, Miguel, “El “Nuevo Reglamento Sanitario Internacional” – RSI (2005)”, *Rev Esp Salud Pública*, vol. 81, n.º 3, pp. 239-246, 2007.

OH, Cecilia, “Compulsory licences: recent experiences in developing countries”, *International Journal of Intellectual Property Management*, vol. 1, n.º 1/2, pp. 22-36, 2006.

OLIVEIRA, María Auxiliadora, *et al.*, “Has the implementation of the TRIPS Agreement in Latin America and the Caribbean produced intellectual property legislation that favours public health?”, *Bulletin of the World Health Organization*, volumen 82, n.º 11, pp. 815-821, nov. 2004.

ORGANIZACION MUNDIAL DE LA SALUD, “La globalización, el Acuerdo sobre los ADPIC y el acceso a los productos farmacéuticos”, *Perspectivas políticas sobre medicamentos de la OMS*, n.º 3, pp. 1-6, marzo de 2001.

–, “South Africa Access to essential drugs in international trade agreements”, *Essential Drugs in Brief*, n.º 4, pp. 1-2, abril de 2001.

- , “Histórica declaración ministerial sobre la salud pública y el ADPIC”, *Boletín de Medicamentos Esenciales*, n.º 30, pp. 4-5, 2001.
- , “Selección de medicamentos esenciales”, *Perspectivas políticas sobre medicamentos de la OMS*, n.º 4, pp. 1-6, junio de 2002.
- , “Equitable access to essential medicines: a framework for collective action”, *WHO Policy Perspectives on Medicines*, n.º 8, pp. 1-6, marzo de 2004.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, “La situación actual de la gripe por A(H1N1)”, *Boletín de Inmunización*, vol. XXXI, n.º3, p.1, junio de 2009.

PEMAN Gavín, Juan María, “El derecho a la salud como derecho social: Desarrollos recientes desde la perspectiva internacional y en el derecho comparado”, *Revista de Administración Pública*, n.º 179, pp. 37-86, 2009.

QUAMMEN, David, “Contacto letal”, *National Geographic (en español)*, pp. 2-29, junio 2009.

SANAHUJA Perales, José Antonio, “¿Más y mejor ayuda?: Los Objetivos del Milenio, la Declaración de París y las tendencias en cooperación al desarrollo”, *Eikasía. Revista de Filosofía*, n.º 28, pp. 125-161, 2009.

TROUILLER, Patrice, *et al.*, “Drug development for neglected diseases: a deficient market and a public-health policy failure”, *The Lancet*, vol. 359, n.º 9324, pp. 2188-2194, junio 2002.

VELASQUEZ, Germán, “Los medicamentos: ¿un bien público mundial?”, *Biomédica*, vol. 24, n.º 2, pp. 115-122, junio 2004.

WIDDUS, Roy, “Public-private partnerships for health: their main targets, their diversity, and their future directions”, *Bulletin of the World Health Organization*, vol. 79, n.º 8, pp. 713-720, 2001.

## ARTICULOS DE REVISTAS ELECTRONICAS.

CASADO, Verónica, “De paseo por los países desarrollados con la salud comunitaria” [documento pdf], *Revista Comunidad*, n.º 2, 1999 <[www.pacap.net/es/publicaciones/revista.html](http://www.pacap.net/es/publicaciones/revista.html)> (visitado el 29 de agosto de 2011).

MUÑOZ DEL CARPIO T., Agueda, “El abuso de los derechos de patentes: La reacción Brasileña” [documento pdf], *Biophronesis Revista de Etica y Socioantropología en Medicina*, Universidad de Buenos Aires, volumen II, n.º 2, 2007 <[www.fmv-uba.org.ar/antropologia/index1024x768.htm](http://www.fmv-uba.org.ar/antropologia/index1024x768.htm)> (visitado el 29 de agosto de 2011).

## III.- ARTICULO DE DIARIO.

*EL MERCURIO* de Santiago, 29 de abril de 2009, “Gripe porcina: Los laboratorios trabajan a toda máquina para hallar una vacuna”, artículo de Cristián González, p. A19

–, 24 de julio 2009, “La vacuna antiinfluenza A(H1N1) desata loca carrera por obtenerla”, artículo de Cristián González y Agencias, p. A15.

–, 3 de octubre de 2009, “Laboratorios podrían suspender entrega de remedios a hospitales”, artículo de René Olivares y Rodrigo Silva, p. C13.

–, 4 de noviembre de 2009, “Alto número de recursos judiciales contra isapres amenaza con encarecer precio de planes”, artículo de René Olivares y Ximena Pérez, p. C7.

–, 13 de noviembre de 2009, “Corte ordena tratar gratis a paciente con cáncer”, artículo de Ximena Pérez G., p. C9.

–, 17 de noviembre de 2009, “Fallos del TC contra isapres apuran discusión para reforma”, artículo de René Olivares, p. C7.

–, 25 de noviembre de 2009, “Actualización de la Epidemia del Sida 2009 en el mundo: Las infecciones por VIH bajan 17% gracias a la prevención”, artículo de P. Elgueda y Agencias, p. A12.

–, 13 de enero de 2010, “Declaración de Pandemia: OMS está en entredicho por gestión ante gripe”, p. A11.

–, 5 de diciembre 2010, “Estudio del Auge revela que su principal falencia está en los consultorios”, artículo de René Olivares, p. C9.

*LA SEGUNDA*, Santiago, 24 de julio de 2009, “Gripe humana se acerca a la propagación total, según la OMS”, p. 65.

–, Santiago, 26 de noviembre de 2009, “Corte ahora ordena a Fonasa e isapre entregar droga de millonario costo a dos pacientes con cáncer de mama”, p. 6.

*LA TERCERA*, Santiago, 27 de abril de 2009, “El desafío de contener el dengue”, artículo de Raúl Allard S., Ideas & Debates, p. 4.

–, Santiago, 28 de abril de 2009, “Gripe porcina golpea a las bolsas y despierta incertidumbre frente a recuperación económica mundial”, artículo de David Lefin y Michelle Cazenave, p. 24.

–, Santiago, 8 de septiembre de 2009, “España probará inmediatamente la vacuna contra gripe A en 400 niños”, p. 35.

–, Santiago, 14 de septiembre de 2009, “Vacuna contra la gripe AH1N1 será probada en 180 niños y jóvenes”, artículo de Ana María Morales, p. 12.

–, Santiago, 23 de septiembre de 2009, “China califica como exitosa masiva vacunación contra la gripe humana”, artículo de Alexis de Ponson M., p. 34.

*THE WALL STREET JOURNAL AMERICAS*, “Leyes de patentes: Las drogas genéricas enfrentan a India contra la Unión Europea”, John W. Miller, en Bruselas, y Geeta Anand, en Mumbai, transcrito en *El Mercurio*, Santiago, 7 de agosto, 2009, p. B10.

–, “Las vacunas: El nuevo objetivo de las farmacéuticas”, Jonathan Rockoff y Peter Loftus, transcrito en *El Mercurio*, Santiago, 30 de septiembre, 2009, p. B10.

#### **ARTICULO DE DIARIO ELECTRONICO.**

ALLARD, R., “Virus de Influenza Humana: un enfoque multidimensional” [en línea], El Mostrador.cl, 15 de mayo de 2009, [www.elmostrador.cl](http://www.elmostrador.cl) (visitado el 22 de mayo de 2009).

#### **IV.- TESIS**

ALLARD Soto, Raúl Alfredo. “Los efectos de los conflictos armados en las poblaciones civiles y el derecho de protección de la salud”. Tesis (Suficiencia Investigadora – DEA). Madrid, España. Universidad Complutense, Facultad de Derecho, 2004.

## **V.- DOCUMENTOS NACIONES UNIDAS.**

BURAYZAT, Mousa, Informe al Consejo de Derechos Humanos del Presidente-Relator del Foro Social de 2008, con resumen de los debates y las recomendaciones del Foro (A/HRC/10/65), de 16 de enero de 2009.

COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES (Comité PIDESC), Observación General N° 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto)*, Documento E/1991/23.

–, Observación General N° 4, *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto)*, Documento E/1992/23.

–, Observación General N° 7, *El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): el desalojo forzado*, Documento E/1998/22, anexo IV.

–, Observación General N° 12, *El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11)*, Documento E/C.12/1995/5.

–, Observación General N° 13, *El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*, Documento E/C.12/1999/10.

–, Observación General N°14, *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículo 12 del Pacto)*, Documento E/C.12/2000/4.

–, Observación General N°15, *El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto)*, Documento E/C.12/2002/11.

–, Observación General N°17, *El derecho de toda persona a beneficiarse de la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas, literarias o artísticas de que sea autor(a) (apartado c) del párrafo 1 del artículo 15 del Pacto)*, 2005, Documento E/C.12/GC/17.

–, Observación General N°18, *El derecho al trabajo (artículo 6 del Pacto)*, Documento E/C.12/GC/18.



–, Observación General N°19, *El derecho a la seguridad social (artículo 9 del Pacto)*, Documento E/C.12/GC/19.

–, Observación General N°20, *La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto)*, Documento E/C.12/GC/20.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Observación General N°6 *sobre el derecho a la vida*, Comité de Derechos Humanos, 1982.

COMITÉ PARA LA ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION RACIAL, Recomendación General N°30, *sobre los derechos de los no ciudadanos*, Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, 2004.

GROVER, Anand, Informe al Consejo de Derechos Humanos del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, relativo a las leyes de propiedad intelectual, el Acuerdo sobre los Adpic, los acuerdos de libre comercio y el acceso a los medicamentos (A/HRC/11/12), de 31 de marzo de 2009.

HUNT, Paul, Informe a la Comisión de Derechos Humanos del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (E/CN.4/2003/58), de 13 de febrero de 2003.

–, Informe provisional del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, transmitido por el Secretario General a la Asamblea General (A/58/427), de 10 de octubre de 2003.

–, Informe a la Comisión de Derechos Humanos del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, con ocasión de su misión a la Organización Mundial del Comercio (E/CN.4/2004/49/Add.1), de 1° de marzo de 2004.

–, Informe provisional del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, con anexo relativo a los Objetivos de Desarrollo del Milenio y normas de derechos humanos, transmitido por el Secretario General a la Asamblea General (A/59/422), de 8 de octubre de 2004.

- , Informe a la Comisión de Derechos Humanos del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, con ocasión de su misión a Uganda (E/CN.4/2006/48/Add.2), de 19 de enero de 2006.
- , Informe provisional del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, transmitido por el Secretario General a la Asamblea General (A/61/338), de 13 de septiembre de 2006.
- , Informe al Consejo de Derechos Humanos del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, relativo a los sistemas de salud y el derecho al más alto nivel posible de salud (A/HRC/7/11), de 31 de enero de 2008.
- , Informe provisional del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, con anexo de directrices sobre derechos humanos para las empresas farmacéuticas en relación con el acceso a medicamentos, transmitido por el Secretario General a la Asamblea General (A/63/263), de 11 de agosto de 2008.

OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, Informe a la Comisión de Derechos Humanos de la Alta Comisionada, sobre las consecuencias para los derechos humanos del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (E/CN.4/Sub.2/2001/13), de 27 de junio de 2001.

- , *Los Derechos Humanos y los Acuerdos Comerciales Mundiales - Las cláusulas de excepción general como medio para proteger los derechos humanos* (HR/PUB/05/05), Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2005.

ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *The Selection of Essential Drugs, Report of a WHO Expert Committee*, Ginebra, 1977 (WHO Technical Report Series, n.º 615).

- , *Atención Primaria de Salud: Informe de la Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, Alma-Ata, URSS, 6-12 de septiembre de 1978*, Ginebra, OMS, 1978 (Serie “Salud para todos”, n.º 1).
- , *DAP’S Report of the Biennium 1994-1995* (DAP/MAC(8)/96.4), Ginebra, OMS, 1996.

- , Oficina Regional de la OMS para Europa, *Carta de Ljubljana sobre la reforma de atención sanitaria*, 1996, Copenhague, 1996.
- , *Promoción de la Salud Glosario* (WHO/HPR/HEP/98.1), Ginebra, OMS, 1998.
- , *Informe sobre la evaluación mundial del abastecimiento de agua y el saneamiento en 2000*, Ginebra, OMS/UNICEF, 2000.
- , *Report of the Inter-Regional Workshop on Intellectual Property Rights in the Context of Traditional Medicine*, Bangkok, 6-8 de diciembre, 2000 (WHO/EDM/TRM/2001.1), Ginebra, OMS, 2001.
- , *WHO Medicines Strategy: Revised procedure for updating WHO's Model List of Essential Drugs* (EB109/8), de 7 de diciembre de 2001.
- , *Communicable Diseases 2002: Global Defence against the Infectious Disease Threat* (WHO/CDS/2003.15), Mary Kay Kindhauser (Ed.), Ginebra, OMS, 2003.
- , *Reducir los riesgos y promover una vida sana*, Informe sobre la salud en el mundo 2002, Ginebra, OMS, 2002.
- , *Resolution of the Executive Board of the WHO. Revision of the International Health Regulations* (EB111.R13), Ginebra, OMS, enero de 2003.
- , *Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, Alma-Ata: 25º aniversario* (A56/27), Ginebra, OMS, 24 de abril de 2003.
- , Oficina Regional de la OMS para África, *Report on the review of primary health care in the African Region*, Brazaville, , 2003.
- , *WHO Medicines Strategy: Countries at the Core 2004-2007* (WHO/EDM/2004.5), Ginebra, OMS, 2004.
- , *Un provenir más seguro: protección de la salud pública mundial en el siglo XXI*, Informe sobre la salud en el mundo 2007, Ginebra, OMS, 2007.
- , Oficina Regional de la OMS para Asia Sudoriental y Oficina Regional de la OMS para el Pacífico Occidental, *People at the Centre of Health Care: Harmonizing mind and body, people and systems*, 2007.
- , Oficina Regional de la OMS para Asia Sudoriental y Oficina Regional de la OMS para el Pacífico Occidental, *WHO Briefing Note, Access to Medicines – Country Experiences in Using TRIPS Safeguards*, febrero de 2008.
- , *Hacia el acceso universal: expansión de las intervenciones prioritarias contra el VIH/SIDA en el sector de la salud*, Informe sobre los progresos realizados: Junio de 2008, Ginebra, OMS, 2008.

–, *La atención primaria de salud Más necesaria que nunca*, Informe sobre la salud en el mundo 2008, Ginebra, OMS, 2008.

OMS/ONUSIDA, *Progress on Global Access to HIV Antiretroviral Therapy: a Report on “3 by 5” and Beyond*, Ginebra, OMS, marzo de 2006.

ONUSIDA/OMS, *Informe sobre la epidemia mundial de SIDA 2008*, Ginebra, Programa conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONUSIDA), 2008.

ORGANIZACIÓN PANAMERICANA DE LA SALUD, *Renovación de la atención primaria de salud en las Américas: documento de posición de la Organización Panamericana de la Salud*. Washington D.C., 2007.

PROGRAMA DE LAS NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO, *Un programa para la Cumbre Mundial de Desarrollo Social*, Informe sobre Desarrollo Humano 1994, Fondo de Cultura Económica, 1994.

–, Dirección de Políticas de Desarrollo, *Is MDG 8 on track as a global ideal for human development?*, Nueva York, 2003.

SECRETARÍA GENERAL, Informe a la Asamblea General del Secretario General, que presenta la Guía general para la aplicación de la Declaración del Milenio y Anexo sobre los Objetivos de desarrollo del milenio (A/56/326), de 6 de septiembre de 2001.

## **VI. OBSERVACIONES FINALES (MECANISMO NO CONTENCIOSO) Y DICTAMENES (DENUNCIA DE PARTICULARES) DE ORGANOS DE DERECHOS HUMANOS DE LAS NN.UU. CITADOS EN TESIS.**

### **MECANISMO NO CONTENCIOSO.**

#### **COMITÉ CONTRA LA TORTURA.**

–, Observaciones finales al examen de Informe presentado por la Federación de Rusia (CAT/C/CR/28/4), de 6 de junio de 2002.

- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Letonia (CAT/C/CR/31/3), de 5 de febrero de 2004.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Ucrania (CAT/C/UKR/CO/5), de 3 de agosto de 2007.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Benin (CAT/C/BEN/CO/2), de 19 de febrero de 2008.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Zambia (CAT/C/ZMB/CO/2), de 26 de mayo de 2008.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Austria (CAT/C/AUT/CO/4-5), de 20 de mayo de 2010.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por la República Árabe Siria (CAT/C/SYR/CO/1), de 25 de mayo de 2010.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Liechtenstein (CAT/C/LIE/CO/3), de 25 de mayo de 2010.

#### COMITÉ DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES.

- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Togo (E/C.12/1/ADD.61), de 4 de mayo de 2001.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por la República del Congo (E/C.12/1/ADD.45), de 23 de mayo de 2000.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Kirguistán (E/C.12/1/ADD.49), de 1º de septiembre de 2000.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Senegal (E/C.12/1/ADD.62), de 24 de septiembre de 2001.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Ucrania (E/C.12/1/ADD.65), de 24 de septiembre de 2001.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Colombia (E/C.12/1/ADD.74), de 6 de diciembre de 2001.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Jamaica (E/C.12/1/ADD.75), de 6 de diciembre de 2001.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Georgia (E/C.12/1/ADD.83), de 19 de diciembre de 2002.

- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Islas Salomón (E/C.12/1/ADD.84), de 19 de diciembre de 2002.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por República de Moldova (E/C.12/1/ADD.91), de 12 de diciembre de 2003.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Yemen (E/C.12/1/ADD.92), de 12 de diciembre de 2003.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por la Federación de Rusia (E/C.12/1/ADD.94), 12 de diciembre de 2003.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por la República Popular Democrática de Corea (E/C.12/1/ADD.95), de 12 de diciembre de 2003.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Kuwait (E/C.12/1/ADD.98), de 7 de junio de 2004.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por la República Popular de China (E/C.12/1/ADD.107), de 13 de mayo de 2005.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Paraguay (E/C.12/PRY/CO/3), de 28 de noviembre de 2007.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Letonia (E/C.12/LVA/CO/1), de 7 de enero de 2008.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por India (E/C.12/IND/CO/5), de 8 de agosto de 2008.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Nicaragua (E/C.12/NIC/CO/4), de 24 de noviembre de 2008.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Suecia (E/C.12/SWE/CO/5), de 1º de diciembre de 2008.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Australia (E/C.12/AUS/CO/4), de 12 de junio de 2009.

#### COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS.

- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Guyana (CPR/C/79/Add.121), de 25 de abril de 2000.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Georgia (CPR/CO/74/GEO), de 19 de abril de 2002.

- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Suecia (CPPR/CO/74/SWE), de 24 de abril de 2002.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Moldavia (CPPR/CO/75/MDA), de 5 de agosto de 2002.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Mali (CPPR/CO/77/MLI), de 16 de abril de 2003.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Portugal (CPPR/CO/78/PRT), de 17 de septiembre de 2003.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Kenia (CPPR/CO/83/KEN), de 25 de abril de 2005.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por República Democrática del Congo (CPPR/C/COD/CO/3), de 26 de abril de 2006.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Kosovo (CPPR/C/UNK/CO/1), de 14 de agosto de 2006.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Chile (CPPR/C/CHL/CO/5), de 17 de abril de 2007.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Zambia (CPPR/C/ZMB/CO/3), de 9 de agosto de 2007.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por República Checa (CPPR/C/CZE/CO/2), de 9 de agosto de 2007.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Irlanda (CPPR/C/IRL/CO/3), de 30 de julio de 2008.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Ruanda (CPPR/C/RWA/CO/3), de 7 de abril de 2009.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Suiza (CPPR/C/CHE/CO/3), de 3 de noviembre de 2009.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Moldavia (CPPR/C/MDA/CO/2), de 4 de noviembre de 2009.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Polonia (CPPR/C/POL/CO/6), de 15 de noviembre de 2010.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Eslovaquia (CPPR/C/SVK/CO/3), de 20 de abril de 2011.

#### COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Haití (CRC/C/15/ADD.202), de 18 de marzo de 2003.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Indonesia (CRC/C/15/ADD.223), de 26 de febrero de 2004.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Armenia (CRC/C/15/ADD.225), de 26 de febrero de 2004.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Mongolia (CRC/C/15/ADD.264), de 21 de septiembre de 2005.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por la República del Congo (CRC/C/COG/CO/1), de 20 de octubre de 2006.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por México (CRC/C/MEX/CO/3), de 8 de junio de 2006.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Bulgaria (CRC/C/BGR/CO/2), de 23 de junio de 2008.

#### COMITÉ DE PROTECCION DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES.

- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Egipto (CMW/C/EGY/CO/1), de 25 de mayo de 2007.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Ecuador (CMW/C/ECU/CO/1), de 5 de diciembre de 2007.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por República Árabe Siria (CMW/C/SYR/CO/1), de 2 de mayo de 2008.

#### COMITÉ PARA LA ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER.

- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Colombia (CEDAW/C/COL/CO/6), de 2 de febrero de 2007.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Vietnam (CEDAW/C/VNM/CO/6), de 2 de febrero de 2007.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Tayikistán (CEDAW/C/TJK/CO/3), de 2 de febrero de 2007.



- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por India (CEDAW/C/IND/CO/3), de 2 de febrero de 2007.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por los Países Bajos (CEDAW/C/NLD/CO/4), de 2 de febrero de 2007.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Brasil (CEDAW/BRA/CO/6), de 10 de agosto de 2007.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Nueva Zelandia (CEDAW/C/NZL/CO/6), de 10 de agosto de 2007.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Marruecos (CEDAW/C/MAR/CO/4), de 8 de abril de 2008.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Nigeria (CEDAW/NGA/CO/6), de 8 de julio de 2008.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Portugal (CEDAW/C/PRT/CO/7), de 7 de noviembre de 2008.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Ecuador (CEDAW/C/ECU/CO/7), de 7 de noviembre de 2008.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Armenia (CEDAW/C/ARM/CO/4/REV.1), de 2 de febrero de 2009.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Azerbaiyán (CEDAW/C/AZE/CO/4), de 7 de agosto de 2009.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Guatemala (CEDAW/C/GUA/CO/7), de 12 de febrero de 2009.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Ruanda (CEDAW/C/RWA/CO/6), de 12 de febrero de 2009.

#### COMITÉ PARA LA ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION RACIAL.

- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Uganda (CERD/C/62/CO/11), de 2 de junio de 2003.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Suriname (CERD/C/64/CO/9), de 28 de abril de 2004.
- , Observaciones finales al examen de Informe presentado por Noruega (CERD/C/NOR/CO/18), de 19 de octubre de 2006.

–, Observaciones finales al examen de Informe presentado por la India (CERD/C/IND/CO/19), de 5 de mayo de 2007.

## **MECANISMO DE DENUNCIA DE PARTICULARES.**

### **COMITÉ CONTRA LA TORTURA.**

- , Comunicación N° 83/1997, *G. R. B. c. Suecia*, dictamen aprobado el 15 de mayo de 1998.
- , Comunicación N° 49/1996, *S. V. y otros c. el Canadá*, dictamen aprobado el 15 de mayo de 2001.
- , Comunicación N° 183/2001, *B. S. S. c. el Canadá*, dictamen aprobado el 12 de mayo de 2004.
- , Comunicación N° 220/2002, *R. D. c. Suecia*, dictamen aprobado el 2 de mayo de 2005.
- , Comunicación N° 221/2002, *M. M. K. c. Suecia*, dictamen aprobado el 3 de mayo de 2005.
- , Comunicación N° 245/2004, *S. S. S. c. el Canadá*, dictamen aprobado el 16 de noviembre de 2005.
- , Comunicación N°299/2006, *Jean Patrick Iya c. Suiza*, dictamen aprobado el 16 de noviembre de 2007.
- , Comunicación N°322/2007, *Njamba y Balikosa c. Suecia*, dictamen aprobado el 14 de mayo de 2010.

### **COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS.**

- , Comunicación N° 763/1997, *Yekaterina Pavlovna Lantsova c. Federación de Rusia*, dictamen aprobado el 26 de marzo de 2002.
- , Comunicación N° 908/2000, *Xavier Evans c. Trinidad y Tabago*, dictamen aprobado el 21 de marzo de 2003;
- , Comunicación N° 1173/2003, *Abdelhamid Benhadj c. Argelia*, dictamen aprobado el 20 de julio de 2007.
- , Comunicación N°1473/2006, *Morales Tornel c. España*, dictamen aprobado el 20 de marzo de 2009.

- , Comunicación N°1520/2006, *Munguwambuto Kabwe Peter Mwamba c. Zambia*, dictamen aprobado el 10 de marzo de 2010.
- , Comunicación N°1556/2007, *Marija y Dragana Novaković v/s Serbia*, dictamen aprobado el 21 de octubre de 2010.

#### COMITÉ PARA LA ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION CONTRA LA MUJER.

- , Comunicación N°4/2004, *Sra. A. S. v/s Hungría*, dictamen aprobado el 14 de agosto de 2006.

#### COMITÉ PARA LA ELIMINACION DE LA DISCRIMINACION RACIAL.

- , Comunicación N°31/2003, *Sra. L. R. y otros c. República Eslovaca*, dictamen aprobado el 7 de marzo de 2005.

### **VII. CONTROVERSIAS POR RECLAMACION DE CONTRAVENCIONES AL ACUERDO SOBRE LOS ADPIC DE LA OMC REVISADAS EN TESIS.**

#### PROCEDIMIENTO DE SOLUCION DE DIFERENCIAS COMERCIALES.

- , D.S. N°50, de 1996, *Estados Unidos c. India*, “India – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura”.
- , D.S. N°79, de 1997, *Comunidades Europeas c. India*, “India – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura”.
- , D.S. N°114, de 1997, *Comunidades Europeas c. Canadá*, “Canadá – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos”.
- , D.S. N°153, de 1998, *Canadá c. Comunidades Europeas*, “Comunidades Europeas – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y los productos químicos para la agricultura”.
- , D.S. N°171, de 1999, *Estados Unidos c. Argentina*, “Argentina – Protección mediante patente de los productos farmacéuticos y protección de los datos de pruebas relativas a productos químicos para la agricultura”.
- , D.S. N°196, de 2000, *Estados Unidos c. Argentina*, “Argentina – Determinadas medidas relativas a la protección de patentes y de los datos de pruebas”.

- , D.S. N°199, de 2000, *Estados Unidos c. Brasil*, “Brasil – Medidas que afectan a la protección mediante patente”.
- , D.S. N°408, de 2010, *India c. Unión Europea y Países Bajos*, “Unión Europea y un Estado Miembro – Confiscación de medicamentos genéricos en tránsito”.
- , D.S. N°409, de 2010, *Brasil c. Unión Europea y Países Bajos*, “Unión Europea y un Estado Miembro – Confiscación de medicamentos genéricos en tránsito”.

## VIII. JURISPRUDENCIA CITADA.

### TRIBUNALES/CORTES CONSTITUCIONALES.

- , *50 Diputados contra la Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid, 1/1985, de 23 de enero, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares* (1989): Pleno del Tribunal Constitucional de España, 19 de octubre de 1989 (recurso de inconstitucionalidad), STC 170/1989.
- , *Eduardo Morales Price, en nombre y representación del Ayuntamiento de Baracaldo, frente al Auto de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 1 de febrero de 1990 por el que se inadmitió el recurso de suplicación* (1993): Sala Segunda del Tribunal Constitucional de España, 15 de febrero de 1993 (recurso de amparo), STC N°58/1993.
- , «*Videz, S. A.*», *contra Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en recurso contra resoluciones del Ministerio de Obras Públicas y Transportes sobre sanción* (1994): Pleno del Tribunal Constitucional de España, 14 de marzo de 1994 (recurso de amparo), STC 89/1994.
- , *The Government of the Republic of South Africa, the Premier of the Province of the Western Cape, Cape Metropolitan Council, Oostenberg Municipality v. Irene Grootboom and others* (2000): Corte Constitucional de Sudáfrica, sentencia de 4 de octubre de 2000 (recurso de apelación interpuesto por el gobierno sudafricano), CCT 11/00.
- , *Minister for Health v. Treatment Action Campaign (TAC)* (2002): Corte Constitucional de Sudáfrica, 5 de julio de 2002 (Supuesta violación del derecho a la atención médica conforme a los artículos 27(1) y 28(1)(c) de la Constitución de Sudáfrica), CCT 8/02.

- , *María Covadonga Fernández Cuétara frente a la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco sobre pensión de viudedad* (2004): Sala Primera del Tribunal Constitucional de España, 2 de noviembre de 2004 (recurso de amparo), STC N°186/2004.
- , *Requerimiento de inaplicabilidad presentado por el Alcalde de la Municipalidad de Santiago, respecto del artículo 5° de la Ley N°17.322 sobre “Normas para la Cobranza Judicial de Cotizaciones, Aportes y Multas de las Instituciones de Seguridad Social”, causa RIT A-220-2007 del Juzgado de Cobranza Laboral y Previsional de Santiago* (2008): Tribunal Constitucional de Chile, 8 de enero de 2008 (requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad), STC N°977/2008.
- , *Requerimiento de inaplicabilidad deducido por Silvia Peña Wasaff respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, conocida como Ley de Isapres, en recurso de protección contra Isapre ING Salud S.A., Rol de Ingreso N° 4972-2007, de la Corte de Apelaciones de Santiago* (2008): Tribunal Constitucional de Chile, 26 de junio de 2008, STC N°976/2008.
- , *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de María Ximena Osorio Sagredo respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933 -introducido por la Ley N° 20.015-, que actualmente corresponde al artículo 199 del D.F.L. (Ministerio de Salud) N° 1, de 2005, en la causa Rol N° 10.913-2008, de la que conoce actualmente, como árbitro arbitrador, el Intendente de Fondos y Seguros de Salud* (2009): Tribunal Constitucional de Chile, 7 de julio de 2009, STC N°1218/2009.
- , *Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de Pedro Fernández Bitterlich respecto del artículo 199 del Decreto con Fuerza de Ley (Ministerio de Salud) N° 1, de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.L. N° 2.763, de 1979, y de las leyes N°s. 18.933 y 18.469, en el recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la Isapre Colmena Golden Cross S.A., Rol N° 7952-2008, que se encuentra en apelación de la sentencia de primera instancia, de la que conoce la Corte Suprema bajo el Rol de ingreso N° 7779-2008* (2009): Tribunal Constitucional de Chile, 8 de septiembre de 2009, STC N°1287/2008.
- , *Requerimiento de inaplicabilidad de María Angélica Valenzuela Márquez, respecto del artículo 38 ter de la Ley N° 18.933, en los autos Rol N°9451-2008 sobre recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de Santiago en contra de la Isapre*

*Banmédica S.A.* (2010): Tribunal Constitucional de Chile, 20 de abril de 2010, STC N°1218/2009.

–, *Proceso iniciado de oficio para decidir constitucionalidad del artículo 38 TER de la ley de Isapres* (2010): Tribunal Constitucional de Chile, 6 de agosto de 2010 (declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal declarado inaplicable), STC N°1710/2010. Publicada en el Diario Oficial el 9 de agosto de 2010.

#### TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA.

–, *Roche Products v. Bolar Pharmaceutical* (1984): United States Court of Appeals, Federal Circuit, sentencia de 23 de abril de 1984 (Research exemption), N° 733 F.2d 858.

–, *Menores Comunidad Paynemil s/ acción de amparo* (1997): Cámara de Apelaciones en lo Civil de Neuquén, Sala II, Argentina, sentencia de 19 de mayo de 1997, N°311-CA-1997, en: Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Los derechos sociales...”, Op. Cit., pp. 138-139.

–, *Viceconti, Mariela Cecilia c/ Estado Nacional – Ministerio de Salud y Acción Social s/amparo ley 16.986* (1998): Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala IV, Argentina, sentencia de 2 de junio de 1998, N°31.777/96, en: Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Los derechos sociales...”, Op. Cit., pp. 146-154).

–, *Adalah, et. al. v. Ministry of Health, et. al.* (1998): Corte Suprema de Israel, sentencia de octubre de 1998 (acción fundada en legislación nacional sobre seguro de salud de 1994), H.C. 7115/97, en: Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Los derechos sociales...”, Op. Cit., pp. 172-173.

–, *Defensoría de Menores N°3 c/Poder Ejecutivo Municipal s/acción de amparo* (1999): Tribunal Superior de Justicia de Neuquén, Argentina, 2 de marzo de 1999, Expte. N° 46–99, en: Abramovich, Víctor y Courtis, Christian, “Los derechos sociales...”, Op. Cit., p. 139, nota al pie de página n.º 29.

–, *Grootboom v. Oostenberg Municipality and Others* (2000): Tribunal Superior del Cabo de Buena Esperanza, Sudáfrica, 2000 (3) BCLR 277 (C), en: Sentencia de la Corte Constitucional de Sudáfrica “The Government of the Republic of South Africa, the

Premier of the Province of the Wertern Cape, Cape Metropolitan Council, Oostenberg Municipality v. Irene Grootboom and others” (2000).

–, *Novartis A.G. v. Unión of India* (2007): High Court of Judicature at Madras, India, sentencia de 6 de agosto de 2007 (solicita declaracion de inconstitucionalidad de la sección 3(d) de la Patents Act de 1970, modificada por Patents (Amendment) Act 15/2005), 2007, 4MLJ 1153.

#### TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA.

–, *Treatment Action Campaign (TAC) v. GlaxoSmithKline & Boehringer Ingelheim* (2003): Comisión de Competencia de Sudáfrica, 16 de octubre de 2003 (práctica de una empresa farmacéutica de no conceder licencias a una empresa de genéricos constituye un abuso de posición dominante), en: t’Hoen, Ellen, “The Global Politics...”, Op. Cit, pp. 51-54.

#### COMISION AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS.

–, *The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights v. Nigeria* (1996): Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptada durante el 30 periodo ordinario de sesiones de la Comisión celebrado en Banjul del 13 al 27 de octubre de 2001, Decisión N° 155/96.

#### CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

–, *Awas Tingni c. Nicaragua* (2001): Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C N° 79.

–, *Moiwana c. Suriname* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 15 de junio de 2005 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C N° 124.

–, *Yakye Axa c. Paraguay* (2005): Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas), Serie C, N° 125.

#### TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA.

–, *The Queen c. The Medicines Control Agency, ex parte Smith & Nephew Pharmaceuticals Ltd and Primecrown Ltd c. The Medicine Control Agency* (1996): Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 12 de noviembre de 1996, Asunto C-201/94, en: Rodríguez M., Carmen, “Salud Pública y Asistencia Sanitaria...”, Op. Cit., p. 178.

–, *Merck & Co. Inc. y otro c. Primecrown Ltd y otros y Beecham Group plc c. Europharm of Worthing Ltd* (1996): Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia de 5 de diciembre de 1996 (importaciones paralelas de medicamentos desde España); Asuntos acumulados C-267/95 y C-268/95, en: Rodríguez M., Carmen, “Salud Pública y Asistencia Sanitaria...”, Op. Cit., p. 178.

#### TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS (TEDH).

–, *López Ostra c. España* (1994): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 9 de diciembre de 1994 (Derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8)), demanda presentada ante la Comisión Europea de Derechos Humanos, con fecha 15 de junio de 1990.

–, *D. c. el Reino Unido* (1997): Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 2 de mayo de 1997 (Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes (art. 3)), N° 30240/96.

#### TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA (TPIYUG).

–, *Kupreskic et al.* (2000): Sala de Primera Instancia TPIYUG, 14 de enero de 2000 (Aplicación Artículo 5(h)(s) del Estatuto), en: Human Rights Watch, “Genocidio, Crímenes de Guerra...”, Op. Cit., p. 300.

–, *Blaskic* (2000): Sala de Primera Instancia TPIYUG, 3 de marzo de 2000 (Aplicación Artículo 2 c), Artículo 2 d), Artículo 3 b) y Artículo 5(h)(s) del Estatuto), en: Human Rights Watch, “Genocidio, Crímenes de Guerra...”, Op. Cit., pp. 44; 46; 102 y 300.



- , *Kordic y Cerkez* (2001): Sala de Primera Instancia TPIYUG, 26 de febrero de 2001 (Aplicación Artículo 2 c) y Artículo 2 d) del Estatuto), en: Human Rights Watch, “Genocidio, Crímenes de Guerra...”, Op. Cit., pp.43-45.
- , *Naletilic y Martinovic* (2003): Sala de Primera Instancia TPIYUG, 31 de marzo de 2003 (Aplicación Artículo 2 c) y Artículo 2 d) del Estatuto), en: Human Rights Watch, “Genocidio, Crímenes de Guerra...”, Op. Cit., pp. 44-46
- , *Stakic* (2003): Sala de Primera Instancia TPIYUG, 31 de julio de 2003 (Aplicación Artículo 4(2)(c) del Estatuto), en: Human Rights Watch, “Genocidio, Crímenes de Guerra...”, Op. Cit., p. 174.
- , *Simic, Tadic y Zaric* (2003): Sala de Primera Instancia TPIYUG, 17 de octubre de 2003 (Aplicación Artículo 2 c) del Estatuto), en: Human Rights Watch, “Genocidio, Crímenes de Guerra...”, Op. Cit., p.43
- , *Jokic–Miodrag* (2004): Sala de Primera Instancia TPIYUG, 18 de marzo de 2004 (Aplicación Artículo 3 b) del Estatuto), en: Human Rights Watch, “Genocidio, Crímenes de Guerra...”, Op. Cit., p. 103.
- , *Brdjanin* (2004): Sala de Primera Instancia TPIYUG, 1 de septiembre de 2004 (Aplicación Artículo 2 d), Artículo 3 b), Artículo 4(2)(c) y Artículo 5 (h) (s) del Estatuto), en: Human Rights Watch, “Genocidio, Crímenes de Guerra...”, Op. Cit., pp. 44-47; 99; 102; 174-176 y 301.
- , *Kordic y Cerkez* (2004): Sala de Apelaciones TPIYUG, 17 de diciembre de 2004 (Aplicación Artículo 3 b) del Estatuto), en: Human Rights Watch, “Genocidio, Crímenes de Guerra...”, Op. Cit., pp. 99-100.
- , *Strugar* (2005): Sala de Primera Instancia TPIYUG, 31 de enero de 2005 (Aplicación Artículo 3 b) del Estatuto), en: Human Rights Watch, “Genocidio, Crímenes de Guerra...”, Op. Cit., pp. 100-102.
- , *Kordic y Cerkez* (2005): Sala de Apelaciones TPIYUG, 17 de diciembre de 2005 (Aplicación Artículo 2 d) y Artículo 3 b) del Estatuto), en: Human Rights Watch, “Genocidio, Crímenes de Guerra...”, Op. Cit., pp. 46-47 y 102.

TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA (TPIRW).

- , *Akayesu* (1998): Sala de Primera Instancia TPIRW, 2 de septiembre de 1998 (Aplicación Artículo 2 c) del Estatuto), en: Human Rights Watch, “Genocide, War Crimes...”, Op. Cit., p. 57.
- , *Kayishema y Ruzindana* (1999): Sala de Primera Instancia TPIRW, 21 de mayo de 1999 (Aplicación Artículo 2 c) del Estatuto), en: Human Rights Watch, “Genocide, War Crimes...”, Op. Cit., pp. 56-57.
- , *Ruggiu* (2000): Sala de Primera Instancia TPIRW, 1 de junio de 2000 (Aplicación Artículo 3 h) del Estatuto), en: Human Rights Watch, “Genocide, War Crimes...”, Op. Cit., pp. 137 y 141-142.
- , *Semanza* (2003): Sala de Primera Instancia TPIRW, 15 de mayo de 2003 (Aplicación Artículo 3 h) del Estatuto), en: Human Rights Watch, “Genocide, War Crimes...”, Op. Cit., pp. 136-137.
- , *Nahimana, Barayagwiza y Ngeze* (2003): Sala de Apelaciones TPIRW, 3 de diciembre de 2003 (Aplicación Artículo 3 h) del Estatuto), en: Human Rights Watch, “Genocide, War Crimes...”, Op. Cit., pp. 137-138.
- , *Kamuhanda* (2004): Sala de Primera Instancia TPIRW, 22 de enero de 2004 (Aplicación Artículo 3 h) del Estatuto), en: Human Rights Watch, “Genocide, War Crimes...”, Op. Cit., p. 138.
- , *Serugendo* (2006): Sala de Primera Instancia TPIRW, 12 de junio de 2006 (Aplicación Artículo 3 h) del Estatuto), en: Human Rights Watch, “Genocide, War Crimes...”, Op. Cit., p. 136.
- , *Nahimana, Barayagwiza y Ngeze* (2007): Sala de Apelaciones TPIRW, 28 de noviembre de 2007 (Aplicación Artículo 3 h) del Estatuto), en: Human Rights Watch, “Genocide, War Crimes...”, Op. Cit., pp. 136-138.
- , *Bikindi* (2008): Sala de Primera Instancia TPIRW, 2 de diciembre de 2008 (Aplicación Artículo 3 h) del Estatuto), en: Human Rights Watch, “Genocide, War Crimes...”, Op. Cit., pp. 139-140.
- , *Bagosora, Kabiligi, Ntabakuze y Nsengiyumva* (2008): Sala de Primera Instancia TPIRW, 18 de diciembre de 2008 (Aplicación Artículo 3 h) del Estatuto), en: Human Rights Watch, “Genocide, War Crimes...”, Op. Cit., p. 137.

## **IX. RESOLUCIONES DE LA ASAMBLEA MUNDIAL DE LA SALUD (AMS-WHA) CITADAS EN TESIS DOCTORAL.**

- , N° 54.13, de 21 de mayo de 2001, sobre el “*Fortalecimiento de los sistemas de salud en los países en desarrollo*”.
- , N° 54.14, de 21 de mayo de 2001, sobre la “*Seguridad sanitaria mundial: alerta y respuesta ante epidemias*”.
- , N° 55.16, de 18 de mayo de 2002, sobre la “*Respuesta mundial de salud pública a la aparición natural, la liberación accidental o el uso deliberado de agentes biológicos y químicos o de material radionuclear que afecten a la salud*”.
- , N° 56.28, de 28 de mayo de 2003, sobre la “*Revisión del Reglamento Sanitario Internacional*”.
- , N° 56.29, de 28 de mayo de 2003, sobre el “*Síndrome respiratorio agudo severo (SRAS)*”.
- , N° 56.6, de 26 de mayo de 2003, sobre la “*Conferencia Internacional sobre Atención Primaria de Salud, Alma-Ata: 25° aniversario*”.
- , N° 57.19, de 22 de mayo de 2004, sobre la “*Migración internacional del personal sanitario: un reto para los sistemas de salud de los países en desarrollo*”.
- , N° 58.17, de 25 de mayo de 2005, sobre la “*Migración internacional del personal sanitario: un reto para los sistemas de salud de los países en desarrollo*”.
- , N° 58.33, de 25 de mayo de 2005, sobre la “*Financiación sostenible de la salud, cobertura universal y seguro social de enfermedad*”.
- , N° 59.24, de 2006, de 27 de mayo de 2006, sobre la “*Salud pública, innovación, investigaciones sanitarias esenciales y derechos de propiedad intelectual: hacia una estrategia mundial y plan de acción*”.
- , N° 59.4, de 27 de mayo de 2006, que aprueba el “*Undécimo Programa General de Trabajo, 2006-2015*”.
- , N° 60.22, de 23 de mayo de 2007, sobre “*Sistemas de salud: sistemas de atención de emergencia*”.
- , N° 60.24, de 23 de mayo de 2007, sobre la “*Promoción de la salud en un mundo globalizado*”.
- , N° 60.27, de 23 de mayo de 2007, sobre el “*Fortalecimiento de los sistemas de información sanitaria*”.

- , N° 60.30, de 2007, de 23 de mayo de 2007, sobre “*Salud pública, innovación y propiedad intelectual*”.
- , N° 61.17, de 24 de mayo de 2008, sobre la “*Salud de los migrantes*”.
- , N° 61.18, de 24 de mayo de 2008, sobre el “*Monitoreo de los progresos realizados hacia el logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio relacionados con la salud*”.
- , N° 61.21, de 2008, sobre la “*Estrategia mundial y plan de acción sobre salud pública, innovación y propiedad intelectual*”, que adjunta el Anexo “Estrategia Mundial sobre Salud Pública, Innovación y Propiedad Intelectual”.
- , 62.14, de 22 de mayo de 2009, relativo a “*Reducir las inequidades sanitarias actuando sobre los determinantes sociales de la salud*”.
- , 62.15, de 22 de mayo de 2009, sobre la “*Prevención y control de la tuberculosis multirresistente y la tuberculosis ultrarresistente*”.
- , 62.16, de 22 de mayo de 2009, sobre la “*Estrategia mundial y plan de acción sobre salud pública, innovación y propiedad intelectual*”.
- , 63.1, de 19 de mayo de 2010, sobre la “*Preparación para una gripe pandémica: intercambio de virus gripales y acceso a las vacunas y otros beneficios*”.
- , 63.15, de 21 de mayo de 2010, sobre el “*Monitoreo del logro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio relacionados con la salud*”.
- , 63.19, de 21 de mayo de 2010, sobre la “*Estrategia OMS contra el VIH/sida para 2011-2015*”.